



UNIVERSITÀ DI FERRARA

Dipartimento di Giurisprudenza

**Corso di Dottorato – Ciclo XXXV
Curriculum in Diritto dell'Unione europea e Ordinamenti nazionali
a.a. 2021/2022**

Titolo tesi.

"Una rilettura in chiave sostanziale della conoscibilità in tema di condizioni generali di contratto, alla luce del canone eurounitario della trasparenza ex art. 5 Dir. 93/13/CEE negli accordi B2B e B2C."

**Tutor: Chia.mo Prof. Giovanni De Cristofaro.
Professore Ordinario di Diritto Civile, Università di Ferrara.**

**Candidato: Edoardo Pinna.
Matricola: n. 157556**



**Dipartimento
di Giurisprudenza**

INTRODUZIONE	4
CAPITOLO I	11
LA TUTELA FORMALE DELL'ADERENTE IN MATERIA DI CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO	11
1. INQUADRAMENTO SISTEMATICO.	11
2. <i>RATIO</i> E PRESUPPOSTI APPLICATIVI DELL'ART. 1341 C.C. IN TEMA DI CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO.	18
3. IL CONTRATTO C.D. "STANDARD" ED I REQUISITI DI CONOSCENZA E CONOSCIBILITÀ: CENNI INTRODUTTIVI.	27
4. LE CLAUSOLE VESSATORIE: CLASSIFICAZIONE E PROFILI APPLICATIVI.	29
5. GLI ONERI IMPOSTI DAL REQUISITO FORMALE DELLA CONOSCIBILITÀ NELLE C.D. CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO.	36
6. EFFETTI DEL CONTRATTO CONCLUSO MEDIANTE CLAUSOLE UNILATERALMENTE PREDISPOSTE E PROFILI DI TUTELA.	41
7. INTRODUZIONE ALLA DIRETTIVA 93/13/CEE.	49
8. LA DISCIPLINA GENERALE DELLA DIRETTIVA: ESTENSIONI ERMENEUTICHE ED OBIETTIVI POSTI DAL LEGISLATORE COMUNITARIO.	54
9. PRECISAZIONI CONCLUSIVE AL PRIMO CAPITOLO.	71
CAPITOLO II	73
LA CONFIGURABILITÀ DI UN PRINCIPIO GENERALE DI TRASPARENZA CONSUMERISTICA APPLICABILE ALLA MATERIA DELLE CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO EX ART. 1341 C.C.	73
1. L'ARGOMENTO SISTEMATICO: LA RISARCIBILITÀ DEL DANNO NON PATRIMONIALE IN CASO DI INADEMPIMENTO CONTRATTUALE COME PARADIGMA DELL'ESTENSIBILITÀ DI UNA CLAUSOLA GENERALE AL DIRITTO DEI CONTRATTI.	73
2. LA TUTELA EMINENTEMENTE FORMALE PREVISTA DAL LEGISLATORE IN MATERIA DI CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO EX ART. 1341 C.C.....	84
3. LA SOPRAVVENIENZA NORMATIVA DELLA DIR. 93/13/CEE ED I PROFILI DI FRIZIONE CON LA DISCIPLINA DELLE CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO.	95
4. LA BASE LEGALE DELLA TRASPARENZA CONSUMERISTICA E LA CONFIGURABILITÀ DI UN CANONE GENERALE DI ACCESSIBILITÀ AL CONTENUTO DI UN CONTRATTO	102
5. IL DIFETTO DI TRASPARENZA DELLE CLAUSOLE CONTRATTUALI COME ELEMENTO COSTITUTIVO DEL GIUDIZIO DI VESSATORIETÀ.....	118
6. LA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA SULLA NOZIONE DI «TRASPARENZA», CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AI CONTRATTI DI MUTUO AD INTERESSE VARIABILE: LA CLAUSOLA "FLOOR" E LA C.D. TRASPARENZA " <i>IN RE IPSA</i> ".	125
7. CENNI CONCLUSIVI SUL RAPPORTO TRA LA DISCIPLINA DELLE CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO E LO STATUTO DELLA TRASPARENZA CONSUMERISTICA. ...	136
8. IL CONTRATTO TELEMATICO E LE CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO.	144
9. L'ART 13 D.LGS. 70/2003 E LA RILEVANZA DEL CODICE DEL COMMERCIO ELETTRONICO.	149

10.	GLI OBBLIGHI INFORMATIVI NELLA CONTRATTAZIONE TELEMATICA E LA TUTELA DELL'ADERENTE.	157
11.	CONCLUSIONI: IL PRINCIPIO DI TRASPARENZA.	170
CAPITOLO III		175
IL PRINCIPIO DI TRASPARENZA NEL DIRITTO BANCARIO.....		175
1.	EVOLUZIONE STORICA: INQUADRAMENTO GENERALE DEI PROFILI RILEVANTI DELLA TRASPARENZA BANCARIA.	175
2.	QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO E PROGRESSIVA EVOLUZIONE DELLA C.D. TRASPARENZA BANCARIA.	188
3.	GENESI ED EVOLUZIONE DEL PRINCIPIO DEL <i>CLARE LOQUI</i>	200
4.	LA NOZIONE DI TRASPARENZA NEL SETTORE DEL DIRITTO BANCARIO.....	208
5.	LE FINALITÀ DELLA DISCIPLINA DELLA TRASPARENZA NEL SETTORE DELLA CONTRATTAZIONE BANCARIA.	214
6.	LA RILEVANZA DEL CANONE GENERALE DEL <i>CLARE LOQUI</i> CON RIFERIMENTO AL MOMENTO INFORMATIVO.	220
7.	IL RUOLO DELLA TRASPARENZA <i>IN EXECUTIVIS</i> NELL'AMBITO DEI CONTRATTI BANCARI ED I PROVVEDIMENTI DELLA BANCA D'ITALIA.	224
8.	LA PROBLEMATICHE LINEA DI CONFINE TRA LA TRASPARENZA BANCARIA E LA C.D. EDUCAZIONE FINANZIARIA.....	230
9.	APPLICAZIONI DEL CANONE GENERALE DELLA TRASPARENZA: I CONTRATTI BANCARI, FINANZIARI ED ASSICURATIVI.	236
CAPITOLO IV		245
LA DIMENSIONE MULTILIVELLO DEL PRINCIPIO DI TRASPARENZA.		245
1.	L'IMPATTO DEL DIRITTO SOVRANAZIONALE NELLA TUTELA DEL CONTRAENTE ADERENTE: IL CANONE DI CHIAREZZA E COMPRESIBILITÀ E LE DIRETTIVE COMUNITARIE.	245
2.	LA CONFIGURABILITÀ DI UNO SPAZIO OPERATIVO EUROPEO PER IL PRINCIPIO DI TRASPARENZA.....	251
3.	LA RILEVANZA DEI PRINCIPI DI EFFETTIVITÀ E DI PROPORZIONALITÀ NEL CONFRONTO TRA LA DISCIPLINA INTERNA E QUELLA EUROPEA.	254
4.	IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ COME COROLLARIO DELLA TRASPARENZA CONTRATTUALE.	258
5.	LA COMPATIBILITÀ DEL MODELLO DEL CONTRAENTE DEBOLE CON LA FIGURA DEL CLIENTE PROFESSIONISTA.	264
6.	IL LIMITE DELLA TUTELA MERAMENTE FORMALE ED IL RUOLO DEL LEGISLATORE EUROPEO NELLA NUOVA LETTURA DELLA DISCIPLINA IN TEMA DI CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO.	267
7.	CONCLUSIONI	270

Introduzione.

Il diritto assurge a scienza in continuo divenire in relazione alle più o meno repentine trasformazioni sociali ed economiche. Proprio alla luce delle forti spinte derivanti dalla legislazione di matrice euro unitaria, l'attenzione degli ordinamenti nazionali si è focalizzata sulla tutela del contraente debole, gravato di un'asimmetria di carattere economico od informativo. In tale contesto si inserisce la portata applicativa della direttiva 93/13/CEE in tema di clausole vessatorie, la quale – come si vedrà nel corso della presente trattazione – ha come duplice finalità, da un lato, quella di fornire adeguata protezione al contraente economicamente e strutturalmente più debole e, dall'altro lato, quella di garantire il corretto funzionamento del mercato concorrenziale.

Tale direttiva non è stata oggetto di uniforme attuazione nei singoli ordinamenti degli Stati membri, dando vita ad un problema di coordinamento delle diverse discipline e di armonizzazione minima.

I principi che costituiscono il momento fondante di tale disciplina di derivazione comunitaria sono rappresentati dai canoni di trasparenza – *sub specie* di chiarezza, comprensibilità, “accessibility” e “foreseeability” —nella sua duplice dimensione in senso lato ed in senso stretto.

In particolare, l'antecedente logico che fonda il problema della centralità della trasparenza è rappresentato dalla disciplina delle condizioni generali di contratto unilateralmente poste dal contraente professionista predisponente. Dopo aver lasciato spazio ad un'indagine storico-evolutiva concernente la nascita e l'evoluzione della contrattazione standardizzata – evidenziando le ragioni per le quali il contratto unilateralmente predisposto rappresenta la più frequente e diffusa tecnica di perfezionamento degli accordi negoziali – ci si soffermerà sul problema centrale che gravita intorno alla disciplina contenuta all'art. 1341 c.c. Più nello specifico, il problema che si cercherà di risolvere è quello di verificare se il canone di conoscenza/conoscibilità non sia da intendere solo come consapevolezza dell'esistenza di tali condizioni ma anche come possibilità di accesso al contenuto della clausola, e quindi possibilità di apprensione del suo significato in base ad una lettura sistematica dell'art. 34 Cod. cons.

Ciò sulla base di un parallelismo con l'art 2059 c.c. e tenendo conto del rilievo secondo cui la Corte di Giustizia dell'Unione europea già si è servita delle c.d. nullità selettive per estendere l'operatività della nullità relativa alla disciplina generale del contratto.

Un altro argomento a favore di tale estensione concernerà la comparazione tra il requisito di conoscibilità di cui all'art 1341 c.c. con l'art. 13 del Codice del Commercio elettronico, norma, quest'ultima, quest'ultima che a parere di chi scrive rappresenta un solido pilastro normativo che consente di aderire all'impostazione volta a distillare dalla normativa consumeristica un principio generale di *clare loqui* capace di ridisegnare il volto della normativa sulle condizioni generali di contratto.

In quest'ottica, basata sulla sostanziale inadeguatezza della normativa nazionale a garantire una tutela effettiva al contraente debole, verrà analizzato l'impatto europeo concernente la regolamentazione dei rapporti intersoggettivi tra privati, ovvero come ha influito la legislazione europea nell'ordinamento interno. Una prova palese della sua influenza è costituita dalla Legge n. 54 del 1996 che, in attuazione della direttiva 93/13/CEE, introduce nell'impianto codicistico il Capo XIV-Bis dedicato proprio ai «Contratti del consumatore» composto dagli articoli 1469 bis fino a 1469 sexies, successivamente confluiti nel codice di settore dedicato ai consumatori, ovvero il d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, meglio conosciuto come Codice del consumo.

Nella seconda sezione del presente elaborato verrà sottolineato, dapprima, il differente approccio che intercorre tra le due discipline e i diversi punti di contatto con gli artt. 1341, 1342, 1370 c.c. in modo da comprendere appieno l'evoluzione che ha subito la normativa in materia consumeristica nel nostro ordinamento giuridico. Di qui l'idea centrale che permea l'intero elaborato e che postula un possibile mutamento del paradigma contrattuale partendo dal presupposto empirico secondo il quale, la matrice genetica del contratto è l'incontro di due o più volontà. In tale prospettiva emerge un quesito di fondo: come possono concretamente incontrarsi due (o più) volontà se le clausole del regolamento non sono chiare e comprensibili a causa dell'asimmetria informativa? O a causa del «trobar clus» del predisponente? Di fronte a tali problematiche il Legislatore non può nascondersi dietro ad uno *status*, ovvero quello di «consumatore». Sarebbe auspicabile invece che l'interprete – attraverso i più raffinati strumenti dell'ermeneutica contrattuale – allargasse i suoi orizzonti andando oltre la legge, trovando così la risposta nei principi racchiusi nella carta costituzionale, con specifico riferimento al principio

solidaristico distillabile dall'art. 2 della Carta costituzionale. Un'interpretazione sistematica ed assiologica della normativa di settore permette di individuare un principio generale di trasparenza che trascende dagli specifici ambiti legislativi ed ingloba qualsivoglia rapporto contrattuale prescindendo dallo *status* rivestito dalle parti.

Oltre a ciò, dopo aver esaminato i caratteri generali della direttiva 93/13/CEE e la correlata attuazione in seno all'ordinamento italiano, si procederà all'esame del giudizio di vessatorietà. In particolare, assumerà centrale rilevanza la problematica della «vessatorietà in re ipsa». È corretto parlare di una duplice accezione delle clausole abusive, una inerente allo squilibrio economico e una inerente allo squilibrio normativo? Più precisamente, per le clausole contrattuali che definiscono l'oggetto del contratto o il quantum dello scambio, è sufficiente la mera opacità della clausola per dichiararla «vessatoria» o occorre un *quid pluris*? Saranno questi gli interrogativi che guideranno il lettore verso il *punctum pruriens* che rappresenta il filo conduttore dell'intero elaborato: alla luce dell'analisi della disciplina consumeristica è distillabile dalla normativa di settore un principio generale di trasparenza in grado di trovare applicazione financo con riferimento ai contratti perfezionati tra professionisti? A tale interrogativo cruciale della presente trattazione si cercherà di dare adeguata risposta sia esaminando gli argomenti logici, sistematici, teleologici e giurisprudenziali, sia risalendo ai concetti della teoria generale del diritto ragionando sulla struttura ontologica del concetto di principio.

In ultima analisi, si procederà – in coerenza con le rassegnate conclusioni – con l'inquadramento delle fonti, sia nazionali che sovranazionali, che disciplinano la chiarezza e la comprensibilità in diversi settori, come ad esempio quello bancario, finanziario, assicurativo, avendo così una visione «sistematica» dell'oggetto di indagine. Trasparenza, chiarezza e comprensibilità, insieme ad altri principi, hanno un ruolo preponderante nell'evolversi della trattazione, dove verranno affrontati quesiti importanti come: il significato di chiarezza e comprensibilità, la sorte della clausola intrasparente e soprattutto, il ruolo effettivo di tali principi nell'attuale tessuto ordinamentale.

Einleitung.

Das Recht ist eine sich ständig weiterentwickelnden Wissenschaft im strikten Zusammenhang mit den sich mehr oder weniger ändernden sozialen und wirtschaftlichen Gegebenheiten. Gerade durch die starken Impulse, welche von der Euro-Einheitsgesetzgebung ausgehen, hat sich die Aufmerksamkeit der nationalen Rechtssysteme auf den Schutz der schwächeren Vertragspartei konzentriert, welche mit einer Ungleichheit wirtschaftlicher oder informativer Natur belastet ist. In diesem Kontext liegt der Anwendungsbereich der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Vertragsklauseln, welche - wie sich im Laufe der vorliegenden Arbeit herausstellen wird - den doppelten Zweck verfolgt, einerseits die wirtschaftlich und strukturell schwächere Vertragspartei angemessen zu schützen und andererseits die ungestörte Funktionsweise des Wettbewerbsmarktes zu gewährleisten.

Diese Richtlinie wurde nicht einheitlich in den Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten umgesetzt, so dass sich ein Koordinierungsproblem der verschiedenen Disziplinen der Rechtsordnungen und des Mindestharmonisierung ergibt.

Die Grundsätze, welche die Basis dieser Disziplin der gemeinsamen Rechtsordnung darstellen, werden durch das Prinzip der Transparenz – mit den Unterbegriffen der Klarheit, der Verständlichkeit, der „*accessibility*“ und der „*foreseeability*“ - in seiner doppelten Dimension als Transparenz im weiten und im engen Sinne repräsentiert.

Die logische Voraussetzung für die Frage der zentralen Bedeutung der Transparenz ist insbesondere die einseitige Regelung der allgemeinen Vertragsbedingungen durch die prädisponierende professionelle Vertragspartei. Nach einer historischen und entwicklungsgeschichtlichen Untersuchung der Entstehung und Entwicklung des standardisierten Vertragsabschlusses, in der die Gründe aufgezeigt werden, warum der einseitig erstellte Vertrag sowohl die häufigste als auch die an der weitesten verbreiteten Methode für Verträge darstellt, wird auf das zentrale Problem im Zusammenhang mit Art. 1341 C.C. eingegangen.

Konkret soll geprüft werden, ob unter dem Begriff der Kenntnis/Erkennbarkeit nicht nur das Bewusstsein des Vorhandenseins solcher Vertragsklauseln zu verstehen ist, sondern auch die Möglichkeit des Zugangs zum Inhalt der Klausel und damit die Möglichkeit,

ihren Sinngehalt auf der Grundlage einer systematischen Lektüre von Art. 34 Cod. Cons. zu erfassen.

Dies auf der Grundlage einer Parallelität mit Art. 2059 C.C., sowie unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der EuGH bereits die so genannte „selektive Nichtigkeit“ verwendet hat, um die Wirksamkeit der relativen Nichtigkeit auf die allgemeine Vertragsdisziplin auszuweiten.

Ein weiteres Argument, das für eine solche Ausweitung spricht, betrifft den Vergleich des Erfordernisses der Erkennbarkeit gemäß Artikel 1341 C.C. mit Artikel 13 *Codice del Commercio elettronico*. Letztere Bestimmung, stellt nach Ansicht des Verfassers eine solide normative Grundlage dar, welche es ermöglicht, an jenem Ansatz festzuhalten, der darauf abzielt, aus dem Verbraucherrecht ein allgemeines Prinzip der „*clare loqui*“ abzuleiten, welches geeignet ist, das Gesicht der Rechtsvorschriften über allgemeine Geschäftsbedingungen neu zu gestalten.

Unter diesem Gesichtspunkt und ausgehend von der Tatsache, dass die nationalen Rechtsvorschriften nicht ausreichen, um die schwächere Vertragspartei wirksam zu schützen, werden die europäischen Auswirkungen auf die Regelung der intersubjektiven Beziehungen zwischen privaten Parteien analysiert, d. h. es wird untersucht, wie die europäischen Rechtsvorschriften das nationale Recht beeinflusst haben. Ein klarer Beweis für dessen Einfluss ist das Gesetz Nr. 54 aus dem Jahr 1996, welches in Umsetzung der Richtlinie 93/13/EWG, das Kapitel XIV-Bis, welches sich speziell mit „Verbraucherverträgen“ befasst und aus den Artikeln 1469-bis bis 1469-sexies besteht, in den Rahmen des Gesetzbuches einführte. Jenes Kapitel XIV-bis wurde später mittels dem GvD vom 6. September 2005, Nr. 206 in dem den Verbraucher gewidmete Sektorkodex eingeführt, welcher als *Codice del Consumo* besser bekannt ist.

Im zweiten Teil der vorliegenden Arbeit werden zunächst der unterschiedliche Ansatz der beiden Disziplinen des *Codice Civile* und *des Cod. Cons* sowie die verschiedenen Berührungspunkte mit den Artikeln 1341, 1342 und 1370 des *Codice Civile* hervorgehoben, um die Entwicklung, welche das Verbraucherschutzrecht in unserem Rechtssystem durchlaufen hat, besser zu verstehen. Daraus ergibt sich der zentrale Gedanke, welcher der gesamten Arbeit zugrunde liegt, und einen möglichen Wechsel des Vertragsparadigmas postuliert, ausgehend von der empirischen Annahme, dass die genetische Grundlage des Vertrags das Zusammentreffen von zwei oder mehreren

Willenserklärungen ist. Vor diesem Hintergrund stellt sich eine grundsätzliche Frage: Wie können zwei (oder mehrere) Willenserklärungen konkret aufeinandertreffen, wenn die Klauseln der Richtlinie aufgrund von Informationsasymmetrien nicht klar und verständlich sind, oder aufgrund der komplexen Sprache von Seiten des Prädisponenten schwer zu begreifen sind? Angesichts solcher Probleme kann sich der Gesetzgeber nicht hinter dem *status* des Konsumenten verstecken.

Vielmehr wäre es wünschenswert, dass der anwendende Richter - mit den verfeinerten Instrumenten der Vertragshermeneutik - seinen Horizont erweitert, indem er über das Gesetz hinausgeht und die Antwort in den in der Verfassung verankerten Grundsätzen findet, mit besonderer Rücksichtnahme auf das aus dem Artikel 2 der Verfassung hervorgehenden Solidaritätsprinzip. Eine systematische und inhaltlich Auslegung der Vorschriften des Rechtsbereichs ermöglicht es, einen allgemeinen Grundsatz der Transparenz zu ermitteln, welcher über die einzelnen Rechtsbereiche hinausgeht und alle vertraglichen Beziehungen unabhängig vom „Status“ der Parteien umfasst.

Nachdem die allgemeinen Merkmale der Richtlinie 93/13/EWG und ihre Umsetzung im italienischen Rechtssystem untersucht wurden, wird im Folgenden die Beurteilung zur Feststellung der „Missbräuchlichkeit“ einzelner Vertragsklauseln geprüft. Insbesondere das Problem der „Missbräuchlichkeit *in re ipsa*“ wird von zentraler Bedeutung sein. Ist es richtig, von einer doppelten Bedeutung der missbräuchlichen Vertragsklauseln, einer welche das wirtschaftliche Ungleichgewicht beschreibt, und einer anderen, welche das normative Ungleichgewicht beschreibt, zu sprechen? Genauer gesagt: Reicht bei Vertragsklauseln, die den Vertragsgegenstand oder das *quantum* des Austauschs festlegen, die bloße Unverständlichkeit der Klausel aus, um sie für „Missbräuchlich“ zu erklären, oder ist ein *quid pluris* notwendig?

Dies sind die Fragen, die den Leser zum *punctum dolens* führen werden, welcher das Leitmotiv der gesamten Arbeit darstellt: Lässt sich aus der Analyse der Verbraucherdisziplin ein allgemeiner Grundsatz der Transparenz aus den bereichsspezifischen Rechtsvorschriften kristallisieren, der auch auf Verträge zwischen Gewerbetreibenden angewendet werden kann? In der vorliegenden Arbeit wird versucht, eine angemessene Antwort auf diese entscheidende Frage zu geben, indem sowohl die logischen, systematischen, teleologischen und rechtswissenschaftlichen Argumente untersucht werden, sowie auch auf die Konzepte der allgemeinen Rechtstheorie

zurückgegriffen wird, indem die ontologische Struktur des Grundsatzkonzept begründet wird.

Abschließend wird - im Einklang mit den obigen Schlussfolgerungen - mit der Analyse der Quellen, sowohl nationaler als auch supranationaler Natur, fortgefahren, welche die *Klarheit* und *Verständlichkeit* in verschiedenen Sektoren wie dem Bank-, Finanz- und Versicherungswesen regeln, um dadurch einen „systematischen“ Blick auf die Forschungsfrage zu erhalten. Transparenz, Klarheit und Verständlichkeit spielen zusammen mit anderen Grundsätzen im Laufe der vorliegenden Arbeit eine vorherrschende Rolle, in welcher wichtige Fragen behandelt werden, wie z.B. die Bedeutung von Klarheit und Verständlichkeit, sowie das Schicksal der Klausel welcher es an Klarheit und Verständlichkeit mangelt, und vor allem die tatsächliche Rolle von Klarheit und Verständlichkeit im derzeitigen Rechtsrahmen.

CAPITOLO I

La tutela formale dell'aderente in materia di condizioni generali di contratto.

SOMMARIO: 1. Inquadramento sistematico; 2. *Ratio* e presupposti applicativi dell'art. 1341 c.c. in tema di condizioni generali di contratto; 3. Il contratto c.d. "standard" ed i requisiti di conoscenza e conoscibilità: cenni introduttivi; 4. Le clausole vessatorie: classificazione e profili applicativi; 5. Gli oneri imposti dal requisito formale della conoscibilità nelle c.d. condizioni generali di contratto; 6. Effetti del contratto concluso mediante clausole unilateralmente predisposte e profili di tutela; 7. Introduzione alla Direttiva 93/13/CEE; 8. La disciplina generale della direttiva: estensioni ermeneutiche ed obiettivi posti dal legislatore comunitario; 9. Precisazioni conclusive al primo capitolo.

1. Inquadramento sistematico.

Al fine di inquadrare compiutamente il tema centrale della presente trattazione è importante prendere le mosse dalla considerazione per cui i sistemi economici contemporanei hanno imposto particolari tecniche di contrattazione e di perfezionamento degli accordi contrattuali, rendendo ancora più necessaria l'esigenza di certezza dei traffici commerciali, secondo una logica di *favor* per la circolazione dei beni giuridici che ne formano oggetto.

In tal senso, come si vedrà nel seguito della trattazione, il legislatore – soprattutto con riguardo a talune specifiche fattispecie che vedono come comune protagonista il c.d. contraente debole – ha ridisegnato il volto dell'autonomia negoziale che non trova più la sua ragion d'essere oggettiva nella fase precontrattuale delle trattative rilevante ai sensi e per gli effetti dell'art. 1337 cod. civ., bensì nel momento dell'adesione al regolamento ed alle clausole contrattuali unilateralmente predisposte dal contraente a favore del quale opera un'asimmetria di carattere strutturale od occasionale – *réctius*, informativa o di carattere economico – a seconda che la controparte del predisponente sia qualificabile come "consumatore" o come "imprenditore"¹. Nello specifico, il filo conduttore della

¹ In linea generale, si vedano le osservazioni di A. DAVOLA, *Bias cognitivi e contrattazione standardizzata: quali tutele per i consumatori?*, in *Contratto e Impresa*, 2017, II, 638.

presente trattazione sarà quello di individuare la natura della disciplina approntata prima dal legislatore del 1942 e poi da quello del 2006 a fronte di clausole unilateralmente inserite nel regolamento contrattuale dal contraente predisponente. Occorrerà soffermarsi sull'esistenza, ed *a fortiori* sulla natura giuridica, di un eventuale regime di comunicabilità tra la disciplina generale del Codice del 1942² e quella speciale del Codice del consumo³, in recepimento della disciplina comunitaria contenuta nella Direttiva 93/13/CEE, così come interpretata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Il fenomeno della contrattazione standardizzata⁴ si fonda sulla predisposizione unilaterale⁵ da parte di un contraente del contenuto del regolamento negoziale, sottraendo all'aderente la possibilità di una trattativa individuale, perseguendo così la finalità di favorire la circolazione dei beni giuridici in un'ottica di tutela del mercato concorrenziale. Tali modalità di perfezionamento del contratto mettono ampiamente in luce la posizione di primazia vantata da talune imprese o gruppi di imprese che, in forza di tale primato, impongono ai potenziali clienti le singole clausole del rapporto negoziale. Sono manifestazioni di tale speciale modalità di contrattazione diversi schemi contrattuali tipici, quali ad esempio – e senza pretesa di esaustività – le polizze assicurative, i contratti di acquisto di automobili e financo i contratti stipulati con le agenzie di viaggio. Con

² In base all'art. 1341 c.c.: [I] Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza.

[II] In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria.

³ Con riferimento alla *Dir. 93/13/CEE: l'art. 3* dispone che «una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto».

Ai sensi dell'art. 4, par. 2 della Direttiva, «La valutazione del carattere abusivo delle clausole non verte né sulla definizione dell'oggetto principale del contratto, né sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile»

Infine, l'art. 5 dispone che nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono essere sempre redatte in modo chiaro e comprensibile. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore.

⁴ Nella Rel. al Cod. civ., n. 612 si parla espressamente di «contratto per adesione».

⁵ Sugli elementi caratterizzanti il contratto *standard*, si veda S. MAIORCA, (voce) *Contratti standard*, in *Noviss. Dig. It.*, Appendice, II, Torino, 1981, 620 s. Sul fenomeno della contrattazione standardizzata come conseguenza diretta della contrattazione di massa v. C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto*, II, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 1988, p. 1;

riferimento alla funzione ed alla *ratio* della disciplina oggetto della presente trattazione si può cogliere *ictu oculi* che il legislatore della contrattazione *standard* ha posto in essere una precisa scelta di campo, sacrificando la fase delle trattative, rivelandosi ciò particolarmente proficuo – sotto il profilo della circolazione dei beni giuridici – qualora si tratti di imprese di pubblica utilità che addivengano alla stipula di contratti standardizzati con un ingente numero di potenziali clienti al fine di realizzare, ad esempio, forniture di servizi o di altre utilità.

Con specifico riguardo all’assetto normativo definito con il Codice del 1942, giova ricordare l’importanza del primato dell’ordinamento italiano tra i Paesi dell’Unione europea nell’aver adottato una disciplina *ad hoc* per la particolare modalità di conclusione del contratto tra parti che non si trovano in posizione di simmetria informativa ed economica, quanto piuttosto in una situazione di squilibrio tale da incidere sul contenuto del regolamento negoziale.

Ebbene, prendendo le mosse da un inquadramento dogmatico della categoria giuridica⁶ che ci si accinge ad analizzare, sotto un profilo strettamente formale, il concetto di “condizioni”⁷ è pacificamente ricondotto all’alveo delle c.d. clausole contrattuali, intese come quella *pars* del contratto destinata ad incidere sul fascio di rapporti giuridici intercorrenti tra due o più parti. Per definizione tali clausole sono unilateralmente predisposte da uno solo dei contraenti – precisamente, da quello economicamente più forte – versando la controparte in una situazione di soggezione al potere contrattuale dell’imprenditore, essendo fortemente ridimensionata in tale contesto la fisionomia dell’autonomia negoziale di cui ne resta uno spiraglio al momento dell’adesione al regolamento da parte del contraente debole. Quanto al carattere precipuamente generale che deve essere rivestito da tali clausole, è la stessa *littera legis* di cui all’art. 1341 cod.

⁶ L’ art. 1341 c.c., nella sua rubrica, fa riferimento alla nozione di condizioni generali di contratto, di cui tuttavia non viene data una definizione. In particolare, S. PATTI, in G. Patti – S. Patti, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, *Commentario al codice civile* a cura di P. SCHLESINGER, Milano, 1993, 300: l’Autore pone in evidenza come la scelta del legislatore del 1942 di non ancorare la disciplina codicistica ad una nozione specifica di condizioni generali di contratto, costituisce una scelta di campo coerente con la tecnica di redigere la singola disciplina degli istituti di diritto sostanziale, lasciando alla letteratura l’onere della ricostruzione della qualificazione giuridica.

⁷ Quantunque la lettera della rubrica dell’art. 1341 c.c. si riferisca *expressis verbis* al sostantivo plurale “condizioni”, è pacifico in dottrina che tale disciplina possa trovare applicazione anche nel caso in cui il regolamento contrattuale sia integrato da una singola clausola contrattuale, a condizione che siano soddisfatti i requisiti all’uopo previsti dal legislatore. In tale senso si veda R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, 255.

civ. ad individuare un primo elemento qualificante dato dal carattere della generalità⁸: tali clausole presentano l'attitudine ad essere inserite in una serie potenzialmente indefinita di programmi contrattuali⁹, non aprioristicamente individuabili in quanto destinati a valere nei rapporti con un numero indeterminato di potenziali clienti¹⁰. Accanto a tale primo elemento costitutivo della fattispecie descritta dalla norma in esame, assume rilievo anche il fondamentale carattere dell'unilateralità: si tratta, infatti, di clausole predisposte unicamente dalla parte con forte potere contrattuale che sottrae alla fase delle trattative la formazione del regolamento negoziale. Si tratta di una disciplina funzionale alla regolamentazione di una serie di rapporti negoziali non aprioristicamente determinabili e che rappresentano la cristallizzazione della contrattazione di massa. Come chiarito a più riprese dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, le condizioni di cui al 1341 cod. civ. si contrappongono a quelle rese oggetto di una specifica trattativa¹¹ tra le parti e si confanno ad uno specifico regolamento contrattuale di cui ne definiscono l'assetto di interessi¹². Giova fin da ora sottolineare – per poi affrontare il tema dell'analisi del rapporto tra le due discipline al secondo capitolo del presente elaborato – che qualora tali clausole siano destinate ad incidere l'assetto di interessi intercorrenti tra il professionista

⁸ Si badi come tale requisito della generalità non trova spazio applicativo nella disciplina posta con la Dir. 93/13/CEE. Ciò in quanto il legislatore comunitario ha optato per una forma di tutela forte nei confronti del consumatore, disponendo che la direttiva sulle clausole abusive possa trovare applicazione anche nel caso in cui il consumatore si vincoli ad un contratto per adesione individuale. In tal senso v. G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, 8;

⁹ Sul carattere essenziale della generalità quale elemento costitutivo delle condizioni generali di contratto, cfr. Cass. 21 aprile 1988, n. 3091.

¹⁰ Secondo l'impostazione maggiormente accreditata in letteratura, opererebbe una presunzione circa il coefficiente di volizione relativo al requisito della generalità, il quale si ritiene implicito nella scelta di predisporre uno schema negoziale che sia destinato ad essere rivolto ad una indifferenziata quantità di potenziali clienti. Ciò premesso, l'imprenditore potrà tuttavia fornire la prova dell'inesistenza di una specifica volontà uniformante. Si veda sul punto, A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, 89 s.

¹¹ Quanto al concetto di predisposizione, l'orientamento prevalente in dottrina ricollega tale condotta all'adozione di uno schema contrattuale, a prescindere dal soggetto che l'abbia materialmente creato, purché si tratti di soggetto diverso dal contraente aderente. Per ciò che rileva ai fini delle questioni oggetto della presente trattazione, si rileva come il requisito della predisposizione prescinde dalla qualificazione del contraente predisponente come imprenditore o dalla sussistenza di un potere di primazia sull'aderente. In tal senso vedi A. GENOVESE, op. cit., 804. In ciò tale disciplina si differenzia con quella di matrice comunitaria relativa al contratto del consumatore, in relazione al quale è necessario che il contraente predisponente sia un "professionista" ai sensi e per gli effetti dell'art. 3 della direttiva.

¹² Quanto alla possibilità per il predisponente le condizioni generali di contratto di formulare nei confronti dell'obbligato un invito a proporre, assumendo in tal modo la qualifica di aderente, v. Cass. civ. Sez. II, 22/05/1986, n. 3407, in *Mass. Giur. It.*, 1986, secondo la quale il requisito della specifica approvazione per iscritto delle clausole onerose, previsto dal 2° comma dell'art. 1341 c. c., è necessario anche quando dette clausole sono predisposte dal contraente più debole, in quanto tale norma, oltre a tutelare quest'ultimo, impedendo che sia sopraffatto dalla parte che si trova in posizione di supremazia, mira anche e soprattutto a garantire che le clausole onerose costituiscano l'oggetto di una vera e propria contrattazione tra le parti.

ed il consumatore, si porrà il problema del giudizio di abusività, *réctius* di vessatorietà, i cui tratti essenziali sono delineati dal legislatore agli artt. 33 ss. cod. cons. Si tratterà di verificare quale sia la natura giuridica del rapporto intercorrente tra la disciplina del codice del 1942 e quella più recente dettata dal Codice del Consumo: l'obiettivo di tale indagine sarà quello di chiarire, anche problematizzando gli argomenti spesi dalla letteratura e dalla giurisprudenza, se le due normative siano reciprocamente un *aliud* giuridico con distinto ambito di operatività, o se invece sia configurabile un rapporto di *genus ad speciem*.

Quanto al fondamento della disciplina in esame, la normativa prevista dal legislatore del 1942 sembra creare un argine alla violazione del principio di uguaglianza formale tra le parti del regolamento negoziale attraverso la disciplina delle clausole vessatorie¹³. Le condizioni generali di contratto, più in generale, sono espressione della c.d. contrattazione per adesione, in netta contrapposizione con l'antitetica figura del contratto individuale, figura che pone al centro la pregnanza della fase delle trattative. In tal senso la giurisprudenza, a più riprese, ha chiarito che con la locuzione contrattazione per adesione si indicano quei modelli contrattuali prodromici ad incidere su di una quantità indefinita e non aprioristicamente individuabile di rapporti giuridici: all'interno di tale *macro-genus*, la contrattazione per adesione vede il riconoscersi di un modello sostanziale ed uno formale: nella prima ipotesi si fa riferimento al caso in cui il predisponente operi in una rete negoziale che lo vincola contrattualmente ad una serie di potenziali clienti, mentre nel secondo caso si riferisce all'ipotesi dell'imprenditore che si serve di moduli o formulari il cui contenuto risulta *aliunde* predeterminato. È pacifico nella giurisprudenza di legittimità che esulano da tale categoria giuridica i contratti unilateralmente predisposti da una delle parti ma non rivolti alla generalità indeterminata di potenziali clienti, bensì ad uno specifico rapporto contrattuale, rispetto al quale la controparte, nell'esercizio dell'autonomia negoziale riconosciuta dall'ordinamento, può chiedere che siano concordate delle modifiche. Con riferimento alle prescrizioni di carattere contenutistico presenti nell'art. 1341 cod. civ., il legislatore del 1942 ha previsto una duplice condizione di efficacia per le clausole unilateralmente predisposte dal contraente predisponente. In particolare, è richiesto il più generale requisito della conoscenza o della conoscibilità

¹³ Sul punto, *ex multis*, AA.VV, *Codice del consumo: clausole vessatorie nei contratti di mutuo bancario ed intervento del notaio*, in *Studi del Consiglio Nazionale del Notariato*, n. 237-2006/C.

delle clausole *de quibus* e, qualora si tratti di clausole particolarmente onerose per l'aderente, *réctius* vessatorie, è previsto il vincolo della specifica approvazione per iscritto. La disciplina prevista dall'art. 1341 cod. civ. è stata più volte condotta sotto la lente di ingrandimento dei Giudici di legittimità che si sono interrogati circa l'applicabilità della disciplina in esame all'ipotesi in cui la clausola negoziale abbia formato oggetto di una trattativa negoziale. Tale interrogativo impone un riferimento alla disciplina di cui all'art 2 della dir. 93/13/CEE¹⁴ concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, che prevede quale requisito di applicazione della normativa prevista dall'atto comunitario il fatto che la clausola contrattuale non sia stata oggetto di trattativa individuale. Quantunque il rappresentato problema interpretativo non trovi *expressis verbis* soluzione nella *littera legis* di cui all'art 1341 cod. civ., si ritiene che, specularmente a quanto previsto dal citato art. 2 della direttiva, l'intervenuta negoziazione sul contenuto della clausola fonda la qualificazione del rapporto contrattuale come individuale, mancando uno dei presupposti della disciplina di cui all'art. 1341 cod. civ., ovverosia l'estromissione dell'aderente al regolamento negoziale unilateralmente predisposto dal contraente più forte. In questo senso è possibile formulare una prima considerazione in base alla quale sia l'art. 2 della direttiva 93/13, sia l'art. 1341 cod. civ. come interpretato dalla giurisprudenza, ostano all'applicazione dei rispettivi rimedi contro la vessatorietà delle clausole unilateralmente predisposte qualora sia

¹⁴ Si vedano a tal proposito gli artt. 2 e 3 della Dir. 93/13/CEE. Secondo l'articolo 2, lettera a), in combinato disposto con l'articolo 3, paragrafo 1, soltanto le clausole contrattuali che non sono state oggetto di negoziato individuale sono soggette alla direttiva. L'articolo 3, paragrafo 2, contiene alcune presunzioni e disposizioni sull'onere della prova nel caso in cui si debba determinare se una clausola contrattuale sia stata oggetto o meno di negoziato individuale. Oltre ai considerando 9 e 11, anche l'articolo 3, paragrafo 2, fornisce esempi dei tipi di clausole contrattuali cui si applica la direttiva, che includono in genere, ma non in via esclusiva, le clausole contrattuali «standardizzate», «di adesione» o redatte preventivamente, che si trovano spesso nei cosiddetti «termini e condizioni». Non risultano determinanti la forma in cui le clausole sono redatte, ad esempio in formato stampato, *online* o *offline*, scritte a mano o persino orali, il modo in cui è stato stipulato il contratto, ad esempio privatamente o nella forma di un atto notarile, la parte del contratto in cui sono inserite le clausole o se esse siano contenute in uno o più documenti. Ciò che conta è che esse contribuiscono a definire i diritti e gli obblighi delle parti e che non si sono svolti negoziati individuali sulla o sulle clausole specifiche in questione. Valutare se vi siano stati negoziati individuali su una particolare clausola contrattuale è una questione che compete ai giudici nazionali. Secondo il primo comma dell'articolo 3, paragrafo 2, quando una clausola contrattuale è stata redatta «preventivamente», *ad esempio* nel caso di un «contratto di adesione», si considera che essa «non sia stata oggetto di negoziato individuale». Il terzo comma dell'articolo 3, paragrafo 2, stabilisce che, qualora il professionista affermi che una «clausola standardizzata» è stata oggetto di negoziato individuale, gli incombe l'onere della prova. Ai sensi del secondo comma dell'articolo 3, paragrafo 2, qualora taluni elementi di una clausola o una clausola isolata siano stati oggetto di negoziato individuale, ciò non significa che le *altre* clausole contrattuali siano state oggetto di negoziato individuale. La firma del consumatore in calce al contratto o a conferma delle singole clausole non indica certamente che le clausole contrattuali siano state rese oggetto del negozio individuale.

provato in giudizio che la singola clausola sia stata resa oggetto di una trattativa tra le parti. Tale soluzione cui approdano dottrina e giurisprudenza maggioritarie è conforme anche alla ratio¹⁵ della disciplina che consiste nel garantire una forma di tutela alle modalità di conclusione del contratto che sacrificano la fase delle trattative pre-negoziali. Focalizzando l'attenzione sulla lettera legis del comma secondo dell'art. 1341 cod. civ. se ne può ricavare che la trattativa su di una clausola contrattuale disattiva il requisito di efficacia della doppia sottoscrizione, sulla base di molteplici considerazioni: in primo luogo, il protrarsi di una trattativa matura in capo alla parte aderente la consapevolezza circa il contenuto della clausola negoziale; in secondo luogo, mediante la fase della trattativa verrebbe meno uno degli elementi costitutivi della fattispecie in esame, ossia l'unilateralità della predisposizione. Più nello specifico, qualora altre clausole contenute nel medesimo regolamento negoziale abbiano formato oggetto di una specifica trattativa negoziale, perdura in capo all'aderente l'onere formale della doppia sottoscrizione di cui al comma 2 dell'art. 1341 cod. civ. con riguardo alle clausole squilibranti cui il contraente occasionalmente più debole abbia prestato adesione. In concreto, può talvolta accadere che il predisponente formi unilateralmente il contenuto dell'accordo negoziale sottoponendolo alla controparte non perché quest'ultima vi aderisca, quanto perché ella lo sottoscriva in qualità di proponente, assumendo il predisponente unilaterale originario la veste formale di accettante.¹⁶ In tal caso si realizza una scissione tra una dimensione formale ed una sostanziale facenti capo al soggetto predisponente: egli infatti, da un punto di vista eminentemente formale, è qualificabile come accettante rispetto ad una dichiarazione unilaterale recettizia proveniente dalla controparte; nella sostanza, tuttavia, egli è a tutti gli effetti un contraente che ha predisposto unilateralmente un regolamento negoziale rispetto al quale solo fittiziamente si atteggia come accettante. In tale fattispecie

¹⁵Ci si è chiesti, in particolare, se, supposto che la finalità della disciplina in commento sia di tutelare l'aderente in quanto contraente debole, possa di conseguenza escludersi l'applicazione dell'art. 1341 nei casi in cui risulti che l'aderente abbia una rilevante forza economica. A tale quesito la dottrina ha risposto osservando che la legge non richiede affatto che il predisponente si trovi in una situazione economica più forte dell'aderente, né che sia un imprenditore (V. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, 258). In tal senso anche Cass. civ. Sez. II, 27/04/1991, n. 4638, in *Mass. Giur. It.*, 1991, secondo cui ai fini della predisposizione del contratto e della approvazione specifica per iscritto delle clausole cosiddette vessatorie, di cui all'art. 1341, 2° comma, c. c., non ha rilievo la potenzialità economica delle parti, neppure intesa nel senso della disponibilità esclusiva del bene oggetto del contratto, bensì soltanto la determinazione unilaterale della clausola; non è pertanto richiesta la specifica approvazione per iscritto delle clausole anzidette (nella specie, clausole di deroga della competenza territoriale), quando il contratto sia stato specificamente formato con l'intervento delle parti.

¹⁶ Sul punto si veda E. CESARO, *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, Padova, 1997, 51; V. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano 1972, 239;

si ravviserebbero gli estremi di un invito ad offerendum posto in essere dal predisponente che verrebbe così ad assumere la veste formale di accettante¹⁷.

Inoltre, autorevole dottrina ha contribuito a chiarire che qualora le parti inseriscano nel regolamento negoziale una tale tipologia di clausola prodromica alla inversione sostanziale delle parti del contratto, non abbisogna del soddisfacimento del requisito della specifica approvazione per iscritto in quanto essa è idonea ad incidere esclusivamente sulla conclusione del contratto.

2. *Ratio* e presupposti applicativi dell'art. 1341 c.c. in tema di condizioni generali di contratto.

Allargando il campo di indagine alla *ratio* della disciplina di cui all'art. 1341 cod. civ. ed ai suoi presupposti applicativi, parte della letteratura si è interrogata circa l'applicabilità della tutela in esame al caso in cui la parte non predisponente non sia debole economicamente: l'orientamento dottrinale maggiormente accreditato sottolinea come la *littera legis* della norma in esame non faccia alcun riferimento espresso alla condizione economica delle parti dell'accordo¹⁸.

Vi è infatti chi ritiene che la *ratio* della disciplina posta dal legislatore del 1942 sia ispirata alla tutela ed alla protezione del contraente debole, discendendo da tale impostazione la mancata operatività dei relativi profili rimediali qualora il contraente aderente non soddisfi il preteso requisito della debolezza economica. A parere di chi scrive, privilegiando l'argomento letterale, nel campo di operatività della norma che disciplina le condizioni generali di contratto non vi è tra i presupposti applicativi quello relativo alla situazione economica delle parti, coerentemente con la *ratio* della norma; essa, infatti, non deve essere ricollegata ad una forma di tutela del contraente debole – *ratio* che peraltro

¹⁷ In giurisprudenza si veda Cass. civ. Sez. II, 22/05/1986, n. 3407, in *Mass. Giur. It.*, 1986, secondo cui il requisito della specifica approvazione per iscritto delle clausole onerose, previsto dal 2° comma dell'art. 1341 c. c., è necessario anche quando dette clausole sono predisposte dal contraente più debole, in quanto tale norma, oltre a tutelare quest'ultimo, impedendo che sia sopraffatto dalla parte che si trova in posizione di supremazia, mira anche e soprattutto a garantire che le clausole onerose costituiscano l'oggetto di una vera e propria contrattazione tra le parti.

¹⁸ Sul tema, in generale, si vedano i rilievi di V. CUSUMANO, *Le condizioni generali di contratto: vessatorietà e bilateralità*, in *La Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, II, 239;

va ascritta alla disciplina attuativa della direttiva 93/13/CEE, con le opportune precisazioni in tema di tutela del mercato concorrenziale – quanto piuttosto essa va ravvisata nella tutela dell'effettiva contrattazione sulle clausole unilateralmente predisposte. La tutela del contraente debole, di conseguenza, sarebbe solo un effetto collaterale di tale scopo primario della norma, *réctius* della garanzia di una contrattazione effettiva.¹⁹ Corollario di tale impostazione, condivisibile ed apprezzabile soprattutto alla luce del dato letterale della normativa, è quello per cui le parti in giudizio non possono formulare dinanzi al giudice istanza di disapplicazione dell'art. 1341 comma 2 cod. civ. Ciò premesso, si rileva nella giurisprudenza un orientamento che appare minoritario²⁰ per cui, in ragione della affermata logica di tutela del contraente debole, si esclude l'applicazione della norma in esame tanto all'ipotesi dei contratti plurilaterali di natura associativa, quanto alla non inconsueta ipotesi di un regolamento contrattuale predisposto unilateralmente dalle c.d. associazioni di categoria.

Spostando il *focus* dell'indagine al profilo formale della norma, le clausole inserite in un atto pubblico, quantunque si conformino alle condizioni generali di contratto unilateralmente poste da uno dei contraenti, non possono ritenersi attribuibili al predisponente e pertanto si sottraggono alla specifica approvazione per iscritto. Indagando sulla *ratio* di tale prima impostazione²¹ diffusa in letteratura ed in giurisprudenza, si ritiene che in una simile ipotesi difetterebbe uno degli elementi

¹⁹ Cfr Cass. Civ. n. 4638/1991, in *Mass. Giur. It.*, 1991 secondo la cui ai fini della predisposizione del contratto e della approvazione specifica per iscritto delle clausole cosiddette vessatorie, di cui all'art. 1341, 2° comma, c. c., non ha rilievo la potenzialità economica delle parti, neppure intesa nel senso della disponibilità esclusiva del bene oggetto del contratto, bensì soltanto la determinazione unilaterale della clausola; non è pertanto richiesta la specifica approvazione per iscritto delle clausole anzidette (nella specie, clausole di deroga della competenza territoriale), quando il contratto sia stato specificamente formato con l'intervento delle parti.

²⁰ Sull'applicabilità delle condizioni generali di contratto nel contratto associativo v. G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, *Commentario al Codice civile* a cura di P. SCHLESINGER, Milano 1993, 314 s.

²¹ In tal senso vedi anche Cass. civ. Sez. I, 21/09/2004, n. 18917, in *Guida al Diritto*, 2004, 49, 62 secondo cui le clausole inserite in un contratto stipulato per atto pubblico o in forma pubblica amministrativa ancorché si conformino alle condizioni poste da uno dei contraenti, non possono considerarsi come predisposte dal contraente medesimo, ai sensi dell'articolo 1341 del c.c., e, pertanto, pur se vessatorie non richiedono approvazione specifica per iscritto, in quanto la particolare forma contrattuale rivestita per l'accordo esclude la necessità di una approvazione siffatta. In dottrina, a sostegno dell'inapplicabilità della disposizione in esame nel caso di condizioni generali di contratto contenute nell'atto pubblico v. C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto, I, Diritto civile*, in *EG, VII*, Roma, 1988, 7.

costitutivi della disciplina di cui all'art. 1341 cod. civ., *réctius* la predisposizione unilaterale delle clausole negoziali²².

Maggiormente condivisibile in quanto rispondente appieno alla *ratio* della norma in esame, l'impostazione secondo la quale la disciplina in esame sarebbe generalmente applicabile anche ai regolamenti contrattuali che sono stati perfezionati per atto pubblico²³. A sostegno di tale orientamento, si rileva che poiché la trattativa sulla specifica clausola apparentemente vessatoria la sottrae al requisito della predisposizione unilaterale, non costituisce idoneo e valido elemento da cui dedurre un *fumus* di trattativa la stipulazione mediante atto pubblico del regolamento contrattuale. Ancora più incisivamente, si può concludere che le norme sulla formazione dell'atto pubblico non presuppongono una fase precontrattuale riconducibile alle trattative e pertanto non sono idonee a far venire meno il presupposto applicativo della normativa in esame.²⁴ Rappresentato il quadro degli orientamenti sul punto, ci si può interrogare sulla relazione intercorrente tra la predisposizione del regolamento contrattuale per atto pubblico ed il requisito della specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie

²² Sullo specifico punto, F. SERRA, *Atto pubblico e tutela del contraente. L'applicabilità dell'art. 1341, comma 2, cod. civ., ai contratti notarili*, in *Riv. Giur. Sarda*, 2002, II, 303.

²³ In questa direzione E. DALMOTTO, *La clausola vessatoria od abusiva resta tale nonostante la forma notarile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, IV, 1205 ss. In particolare, l'Autore evidenzia come gli artt. 1341 e 1342 c.c. ed alcune disposizioni sui contratti per adesione (detti anche contratti in serie o di massa, art. 1370 c.c.) prendano in considerazione l'esigenza, propria delle strutture imprenditoriali moderne, di gestire in maniera uniforme i rapporti commerciali con i fornitori e la clientela. Lo stesso si sofferma sul rapporto tra forma notarile e condizioni generali di contratto, ritenendo non condivisibile la posizione espressa in proposito dalla giurisprudenza, secondo la quale le formalità prescritte dalla legge per redigere l'atto pubblico renderebbero quest'ultimo incompatibile con l'unilaterale predisposizione ed imporrebbero di equiparare il contratto stipulato davanti al notaio al contratto le cui clausole siano state oggetto di trattativa tra le parti, in relazione al quale l'onere formale della specifica sottoscrizione delle eventuali clausole vessatorie non è richiesto. Infine, espone una critica di questo consolidato orientamento, formulando ed argomentando la propria opinione su forma notarile e contratti con i consumatori: la disciplina delle condizioni generali di contratto opera anche quando l'atto assuma la forma notarile e la forma dell'atto pubblico non elimina la possibile natura vessatoria delle clausole contenute nei contratti per adesione e, a maggior ragione, non impedisce l'abusività nei contratti stipulati con i consumatori.

²⁴ M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996, 145 s., il quale afferma che non v'è ragione per sottrarre le clausole predisposte contenute in un atto pubblico alle regole dettate in materia di condizioni generali. L'Autore, in particolare, muovendo dalla premessa generalmente posta in dottrina, e da Egli condivisa, per la quale la trattativa sulle clausole vessatorie elimina il carattere della predisposizione rendendo inapplicabile l'art. 1341, 2° co. - v. retro, par. 4 - afferma che la trattativa non può essere desunta dalle regole sulla redazione dell'atto pubblico (art. 51, n. 8, L. 16.2.1913, n. 89), né dalla norma regolamentare che impone al notaio di chiedere alle parti se l'atto sia conforme alla loro volontà (art. 67, 1° co., reg. not.). In giurisprudenza, v. Cass. civ., 29/09/1984, n. 4832, in *Foro It.*, 1984, I, 2442 nota di BARONE, secondo cui le clausole limitative della responsabilità dell'amministrazione delle ferrovie dello stato, dalla stessa predisposte, per disciplinare in maniera uniforme una serie illimitata di futuri contratti, ed inserite nel capitolato di appalto di oo. pp., concluso a licitazione privata, sono inefficaci nei confronti dell'appaltatore che, avendole accettate senza trattative sul punto, non le abbia approvate specificatamente per iscritto ex art. 1341, comma 2 c.c.

unilateralmente predisposte. Tenuto conto del principio di tipicità e tassatività che regge la tassonomica elencazione delle formule di chiusura dell'atto pubblico, si ammette che l'aderente possa ottenere l'introduzione di una sua dichiarazione *ad hoc* nel corpo dell'atto pubblico.²⁵

Con riferimento alla paternità soggettiva del regolamento negoziale e delle clausole ivi contenute, *quid iuris* qualora il proponente si serva di un regolamento negoziale unilateralmente predisposto da altro contraente? In tale circostanza, è pacifico l'orientamento²⁶ che ritiene l'applicabilità della disciplina in esame. Sempre con riferimento al tema della paternità del regolamento negoziale unilateralmente predisposto, merita un approfondimento la fattispecie in cui il proponente si avvalga di un regolamento negoziale che sia il risultato dell'elaborazione di molteplici associazioni di categoria. In tale senso si sottolinea come l'intervento di diverse associazioni di categoria nella formazione del contratto tipo in una logica di temperamento degli interessi contrapposti, fa venire meno il requisito della prevalenza del contraente più forte su quello più debole, cui è ispirata la disciplina della specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie.

Sempre indagando e scrutando i requisiti della disciplina in esame al fine di rendere più agevole, nel prosieguo della trattazione, la consapevolezza dei tratti caratteristici e differenziali rispetto alla speculare disciplina contenuta nel codice del consumo, occorre precisare che, in tema di condizioni generali contratto, qualora le parti contraenti richiamino – integrando così *ab extrinseco* il contenuto del regolamento negoziale – uno schema contrattuale predisposto da una di esse in altra sede, non si configura un'ipotesi di contratto concluso mediante moduli o formulari ex art. 1342 cod. civ., in quanto la disciplina richiamata in questo caso assumerebbe il valore di clausola concordata, sottraendosi in tal modo all'applicazione del requisito della specifica approvazione per iscritto²⁷. In linea con le già menzionate considerazioni, si è autorevolmente sostenuto,

²⁵ V.G. TATARANO, *Clausole vessatorie e atto notarile. Osservazioni sul ruolo del notaio nella contrattazione standardizzata*, in *Studi in onore di Capozzi*, I, 2, Milano, 1992.

²⁶ C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto I*, Diritto civile, in *EG*, VII, Roma 1988, 7.

²⁷ In tal senso si veda Cass. Civ. Sez. Un. n. 12835 del 1991, *Mass. Giur. It.*, 1991, secondo le quali con riguardo al contratto stipulato fra il produttore di pomodoro e l'acquirente di esso a fini di trasformazione industriale, la pattuizione di clausola compromissoria, per arbitrato rituale, non è in contrasto con l'art. 3 ter, d. l. 11 agosto 1975, n. 365 (aggiunto dalla legge di conversione 10 ottobre 1975, n. 484), il quale devolve ad apposite commissioni il diverso compito di promuovere intese fra le categorie interessate a quel settore economico, e deve ritenersi valida ed operante, nonostante il difetto di specifica approvazione per

tanto in dottrina quanto in giurisprudenza²⁸, che il regolamento convenzionale di condominio – quantunque non materialmente inserito nel contratto di compravendita avente ad oggetto le singole unità condominiali – costituisce con quest’ultimo un unicum a condizione che sia *expressis verbis* richiamato ed approvato. Si tratta dell’orientamento affermatosi in letteratura per cui tale fattispecie integrerebbe i confini della c.d. *relatio perfecta*, posto che entrambe le parti del rapporto negoziale fanno riferimento alla fonte integrativa del contenuto dell’accordo. Per tale ragione, le singole clausole previste dal regolamento condominiale si rivelano “*extravagantes*” rispetto al requisito della specifica approvazione per iscritto fissato dal legislatore all’art. 1341 comma secondo cod. civ., concernente quest’ultimo esclusivamente le condizioni unilateralmente predisposte da una solo delle parti contraenti.

Proseguendo la disamina dei limiti applicativi della disciplina in esame, molto ci si è interrogati in dottrina e giurisprudenza sulla compatibilità della stessa con la particolare figura dei c.d. contratti associativi.²⁹ Diversi sono stati gli argomenti utilizzati per fondare la tesi dell’inapplicabilità della disciplina delle condizioni generali alla fattispecie dei contratti associativi: secondo una prima impostazione, sarebbe il difetto del requisito della generalità nelle clausole contenute nell’atto costitutivo di una S.p.a. a fungere da limite applicativo della tutela prevista dall’art.1341 cod. civ.³⁰.

Non è trascurabile, tuttavia, la posizione di chi fonda l’esclusione dell’operatività dalla norma in esame sul carattere comune dello scopo condiviso dai singoli soci, nonché sulla posizione di sostanziale parità degli stessi, tanto al momento della costituzione della persona giuridica, quanto al momento dell’adesione successiva³¹. Poiché nei contratti associativi il consenso prenderebbe forma attraverso il contenuto dello statuto della

iscritto, ancorché si conformi alle previsioni di uno elaborato da dette categorie, atteso che tale schema esprime l’esito di trattative paritarie, di modo che il suo inserimento nel singolo rapporto non è riconducibile nelle previsioni

²⁸ Cfr. Cass. Civ. 7403/2016, in *CED*, 2016, secondo cui in materia di condizioni generali di contratto, qualora le parti contraenti richiamino, ai fini dell’integrazione del rapporto negoziale, uno schema contrattuale predisposto da una di loro in altra sede (nella specie, un disciplinare-tipo adottato dalla Regione con decreto assessoriale) non è configurabile un’ipotesi di contratto concluso mediante moduli o formulari, assumendo la disciplina richiamata (nella specie, una clausola compromissoria, peraltro integralmente riprodotta dai contraenti) per il tramite di “*relatio perfecta*” il valore di clausola concordata, sicché resta sottratta all’esigenza dell’approvazione specifica per iscritto di cui all’art. 1341 c.c.

²⁹ G. PATTI, S. PATTI, S., op. cit., 306.

³⁰ Sul punto, R. BIANCO, L. TARANTOLA, *Clausole vessatorie, specifica approvazione per iscritto e risarcimento del danno*, in *Vita Not.*, 1999, III, 1189.

³¹ Tra i primi a sostenere tale tesi, M. DOSSETTO, *Ancora sull’inapplicabilità dell’art. 1341 al contratto di società*, in *Il foro padano*, 1968, I, 371.

società, verrebbero meno i presupposti applicativi delle condizioni generali di contratto, e, nello specifico, il difetto di una contrattazione avente carattere effettivo e la necessità di tutela del contraente debole. Ne consegue che in tale ipotesi troverà applicazione la disposizione di cui all'art. 1332 cod. civ., norma di carattere sussidiario e diretta a disciplinare i c.d. contratti aperti, rispetto ai quali, dopo il loro perfezionarsi, si contempla la possibilità di adesione di nuovi soggetti di diritto.

Inoltre, l'istituto in esame presenta dei profili di compatibilità con la disciplina generale di cui all'art. 1327 cod. civ., che trova un elemento specializzante nell'art. 2 comma 2 della legge recante la disciplina della subfornitura.³² In particolare, tale *lex specialis* stabilisce che la particolare modalità di conclusione di tale fattispecie contrattuale ad esecuzione periodica o continuata non è incompatibile con l'applicazione della disciplina più generale delle condizioni generali di contratto, con particolare riferimento a quelle contenute nella proposta recettizia del committente. Tenuto conto anche della loro rispettiva collocazione sistematica, si pone un problema di compatibilità anche con la fattispecie delle clausole d'uso, disciplinate all'art. 1340 cod. civ.³³: più nello specifico,

³² Art 2, L. 18/06/1998 n. 192 *Contratto di subfornitura: forma e contenuto*. 1. 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 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. 3. Nel caso di contratti a esecuzione continuata o periodica, anche gli ordinativi relativi alle singole forniture devono essere comunicati dal committente al fornitore in una delle forme previste al comma 1 e anche ad essi si applica quanto disposto dallo stesso comma 1. 4. Il prezzo dei beni o servizi oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile in modo chiaro e preciso, tale da non ingenerare incertezze nell'interpretazione dell'entità delle reciproche prestazioni e nell'esecuzione del contratto. 5. Nel contratto di subfornitura devono essere specificati: a) i requisiti specifici del bene o del servizio richiesti dal committente, mediante precise indicazioni che consentano l'individuazione delle caratteristiche costruttive e funzionali, o anche attraverso il richiamo a norme tecniche che, quando non siano di uso comune per il subfornitore o non siano oggetto di norme di legge o regolamentari, debbono essere allegate in copia; b) il prezzo pattuito; c) i termini e le modalità di consegna, di collaudo e di pagamento.

³³ Con riferimento al nesso relazionale tra la disciplina delle clausole d'uso e le condizioni generali di contratto, v. G. PATTI, S. PATTI, op. cit., p. 288 e C.M. BIANCA, *Condizioni generali*, 4. Vedi anche Cass. civ. n. 5024/1994, in *Nuova Giur. Civ.*, 1995, I, 60 nota di PATTI, secondo la quale la specifica approvazione per iscritto delle clausole onerose a norma degli art. 1341 e 1342 c.c., non è necessaria nel caso in cui dette clausole riproducano il contenuto di un uso normativo ossia di uno di quegli usi che costituiscono fonte sussidiaria del diritto, ma non anche in quello in cui corrispondano al contenuto di un uso di fatto o contrattuale, al quale fa riferimento l'art. 1340 c.c., di una pratica generalmente seguita da una determinata cerchia o categoria di contraenti o in un limitato e specifico settore negoziale (principio affermato con riferimento alla clausola inserita in un contratto di vendita di beni mobili del prezzo minimo di rivendita).

si può dare il caso in cui vengano ad affermarsi in un determinato contesto sociale taluni paradigmi di condizioni generali di contratto tali da poter essere inquadrati nella categoria istituzionale delle c.d. clausole d'uso. In particolare, si ritiene che la disciplina di cui all'art. 1340 cod. civ. – ed in particolare la presunzione di accettazione ivi contenuta – non possa costituire lo strumento per consentire che l'aderente possa essere assoggettato a clausole squilibranti ed incidenti sull'assetto del rapporto, aggirando l'onere di specifica approvazione sanzionato dalla norma in esame. In particolare, si ritiene che il requisito della specifica approvazione per iscritto delle condizioni generali contratto risulta inoperante qualora si tratti di clausole aventi per contenuto usi normativi – *réctius*, fonti sussidiarie del diritto – mentre esso si riattiva qualora si tratti di clausole che deducano, quale loro oggetto, un uso contrattuale rilevante ex art. 1340 cod. civ., qualificabile come pratica negoziale affermata in un determinato contesto socio economico e seguita dalla generalità dei consociati di quello specifico contesto spazio-temporale. Pertanto, la disciplina delle condizioni generali di contratto consente di evidenziare concretamente un'applicazione pratica della disciplina che opera un distinguo tra usi normativi e usi negoziali: si tratta di una differenziazione che non rileva esclusivamente sul piano dogmatico ed astratto, ma può avere pesanti ripercussioni anche nel contesto della c.d. contrattazione standardizzata.

In un'ottica di inquadramento generale della fattispecie delle c.d. condizioni generali di contratto volto a coglierne gli *essentialia* che consentiranno nell'evoluzione di tale indagine di evidenziarne gli elementi differenziali rispetto alla disciplina speciale contenuta nel codice del consumo, dal tenore letterale dell'art. 1341 cod. civ. emerge *ictu oculi* il riferimento della norma al preciso istante della conclusione³⁴ del contratto. Conseguentemente, ne deriva che la conoscenza o la conoscibilità di tali condizioni che l'aderente abbia in un momento che si collochi *ex post* rispetto a quello del perfezionamento dell'accordo, condurrebbe ad escluderne la vincolatività nei confronti del contraente debole.

³⁴ Il riferimento, posto dalla norma, al momento della conclusione del contratto, serve ad escludere che siano efficaci nei confronti dell'aderente quelle condizioni generali di cui l'aderente sia venuto a conoscenza, o di cui abbia avuto la possibilità di conoscenza, in un momento successivo alla conclusione del contratto come, ad esempio, nel caso in cui le condizioni generali siano state riprodotte nella fattura (C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il Contratto*, 345; Id., *Condizioni generali*, 2, il quale tuttavia ammette che l'aderente possa manifestare anche tacitamente la propria accettazione dopo la conclusione del contratto). Si veda inoltre G. PATTI, S. PATTI, op. cit., 335; V. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti*, 269.

Il *punctum dolens* che con tale elaborato si intende affrontare concerne, nello specifico, l'individuazione di una sorte di "linea Maginot" che connota la conoscenza e la conoscibilità di cui all'art. 1341 cod. civ. ed il requisito della trasparenza nella materia delle clausole abusive in un contratto concluso tra un professionista ed un consumatore, cui fa riferimento l'art. 5 direttiva 93/13/CEE. Introducendo brevemente il requisito della conoscibilità³⁵ – che in seguito sarà ripreso per l'individuazione dei tratti differenziali tra discipline – esso integra un requisito in virtù del quale si prospetti per l'aderente la possibilità oggettiva di avere l'esatta percezione del contenuto di clausole ad esso sfavorevoli e unilateralmente predisposte dalla controparte. In tale ottica, ai fini dell'integrazione del requisito della conoscibilità del contenuto di tali clausole squilibranti, è necessaria la cooperazione del contraente predisponente – *réctius*, un suo comportamento attivo – funzionale a permettere all'aderente di cogliere la portata di tali clausole vessatorie, tenuto conto del parametro della diligenza esigibile che ci si può ragionevolmente attendere dall'uomo medio *eiusdem conditionis et professionis*.³⁶ Da ciò se ne ricava che il criterio della conoscibilità di cui all'art. 1341 cod. civ. integra un parametro marcatamente oggettivo, da cui si sviluppano due opposti oneri in capo alle parti contraenti: in primo luogo, in capo al contraente predisponente sorge l'onere di adoperarsi circa la conoscibilità del contenuto di tali clausole da parte dell'aderente; in secondo luogo, in capo a quest'ultimo sorge un onere di attivazione ai fini di garantirsi la conoscenza, secondo un parametro di normalità ed oggettività. Qualora venga provato in giudizio che il contraente aderente avesse una conoscenza effettiva circa il contenuto delle clausole c.d. vessatorie, rilevanti ex art. 1341 cod. civ., ciò, secondo l'impostazione prevalente, varrebbe ad escludere l'operatività della mancanza del requisito della

³⁵ La Relazione Ministeriale, n. 612 ha sottolineato che la disciplina in esame è funzionale ad evitare ogni forma di abuso, riconoscendo una forma di efficacia giuridica alle sole condizioni generali di contratto che il cliente conosceva o avrebbe dovuto conoscere utilizzando l'ordinaria diligenza al momento del perfezionarsi del contratto.

³⁶ Con riguardo all'interpretazione rigida dell'art. 1341 c.c., per cui sarebbe necessaria una conoscenza scientifica ed approfondita della singola clausola, si rileva come tale impostazione sia al requisito dell'ordinaria diligenza cui si riferisce la norma citata, sia in quanto ciò condurrebbe ad innumerevoli declaratorie di inefficacia. Tale ultima conseguenza si porrebbe tuttavia in conflitto con la ratio fondante l'intera disciplina della contrattazione standardizzata che sicuramente non si pone in una logica di disincentivazione di tale modalità di contrattazione. Non sono mancate tuttavia in letteratura autori che abbiano sostenuto che la conoscenza o la conoscibilità non debba arrestarsi alla mera esistenza della clausola onerosa, ma debba estendersi al suo contenuto. A sostegno di tale ultima impostazione v. V. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di impresa*, Milano, 1975, 183; G. DE NOVA, *Le condizioni*, 123.

conoscibilità.³⁷ Occorre precisare che il precetto contenuto nella norma *de qua* attiene alla fase di formazione dell'accordo negoziale e ciò ha, senza dubbio, importanti ripercussioni sul piano della sanzione accordata dal legislatore: proprio in ragione della loro attinenza al momento genetico dell'accordo, l'assenza dei suddetti requisiti non integra una causa di nullità³⁸ delle clausole in oggetto, in quanto esse, se non conosciute o non conoscibili dall'aderente, non costituiranno oggetto e contenuto dell'accordo negoziale. Si tratta di un tema molto controverso in letteratura, nella quale a chi sostiene si tratti di una speciale forma di inefficacia opponibile esclusivamente dal contraente debole, *réctius* dall'aderente, si contrappongono coloro i quali, invece, sostengono invece che legittimati a far valere il difetto del requisito di conoscenza o conoscibilità di tali clausole squilibranti siano entrambi i contraenti. Con riferimento alla questione relativa all'ambito di applicazione e all'estensione operativa di tale forma di inefficacia, essa non paralizza l'intero *corpus* del contratto ma si limita a colpire le singole clausole che difettino dei requisiti formali richiesti dalla normativa in esame. Tuttavia, si sottolinea l'importanza di una riflessione che mira a distinguere, nel *macro-genus* delle condizioni generali di contratto, due sottocategorie: da un lato vi sarebbero infatti le condizioni generali di contratto che assurgono ad elemento accessorio rispetto al nucleo essenziale contenutistico ed assiologico dell'accordo negoziale, rispetto ai quali opererebbe la regola secondo cui *vitiatur sed non vitiat*; dall'altro, vi sono le clausole che integrano un elemento essenziale del regolamento contrattuale contribuendo ad attribuire un significato pregnante a quell'assetto di interessi rispetto alle quali opera invece il principio secondo cui *vitiatur sed vitiat*. Nello specifico, in tale ultima ipotesi si darebbe luogo ad una forma di inefficacia a cascata che dalla singola clausola vessatoria si estende all'intero regolamento contrattuale.

³⁷ Qualora si tratti di condizioni generali di contratto contenute in moduli o formulari, dei quali consti una profonda carenza sul piano dell'intelligibilità testuale, risultando così incomprensibile per l'aderente medio, tale oscurità del testo va imputata al predisponente che in tale modo si sia sottratto all'onere di cui è gravato. Vi è stato in dottrina chi non riteneva applicabile il primo comma dell'art. 1341 ai contratti conclusi mediante moduli o formulari, in quanto, si sottolineava che la *littera legis* dell'art.1342 c.c. richiamava solo il capoverso della norma precedente. V. G. DE NOVA, *Le condizioni*, 123 s.

³⁸ C.M. BIANCA, *Condizioni generali*, 3; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti*, 157; Id., *Dei contratti*, 269. Secondo un orientamento, l'inefficacia può essere fatta valere solo dall'aderente.

3. Il contratto c.d. “standard” ed i requisiti di conoscenza e conoscibilità: cenni introduttivi.

Riprendendo le fila del discorso che condurrà ai profili problematici inerenti al tema trattato, ovvero allo studio comparativo tra i canoni della conoscenza o conoscibilità rilevanti ex art. 1341 cod. civ. nelle condizioni generali di contratto ed il ruolo della trasparenza consacrato nell’art. 5 dir. 93/13/CEE, occorre rammentare che il legislatore del 1942 fu il primo³⁹ a plasmare una disciplina specifica e settoriale relativa al contratto standardizzato⁴⁰, cioè per quella specifica tipologia di rapporti negoziali in cui l’aderente, che non necessariamente si identifica con il contraente debole, fa proprio il contenuto di un regolamento negoziale unilateralmente predisposto dal contraente più forte secondo la logica di conclusione di una pluralità di contratti con una generalità di potenziali clienti non aprioristicamente individuabili, ovvero, sottoscrive un modulo od un formulario predisposti per disciplinare secondo una modalità uniforme una serie indefinita di regolamenti negoziali.

In particolare, il contratto standard è stato qualificato in letteratura come il prodotto della contrattazione di massa ed è andato via via affermandosi e consolidandosi nel contesto della produzione e della distribuzione di beni e servizi, espandendosi nel settore delle vendite immobiliari, dei traffici internazionali, dei contratti conclusi con la Pubblica Amministrazione⁴¹.

In particolare, si tratta di un istituto che si intreccia con i canoni del mercato e della concorrenza⁴², i quali, in una logica di certezza e di celerità dei traffici giuridici, hanno compresso e limitato i confini dell’autonomia negoziale ex art. 1322 cod. civ., sacrificando il momento delle trattative negoziali e limitando la libertà negoziale alla facoltà di scelta da parte dell’aderente se vincolarsi al contenuto negoziale

³⁹ La disciplina prevista dagli art. 1341 e 1342 c.c. ha carattere innovativo: così Cass., 28 settembre 1968, n. 3018, in *Foro Italiano*, 1969, I, c. 671, che ne deduce l’inapplicabilità ai contratti stipulati sotto il vigore del codice del 1865.

⁴⁰ Per quanto concerne la fisionomia del contratto standard come conseguenza della contrattazione di massa si veda C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto*, II, in *Enc. Giur. Treccani.*, vol. VII, Roma 1988, p.1.

⁴¹ Tale definizione è fatta propria da A. GENOVESE, *La crisi della disciplina del contratto standard*, in *Contr. Impr.*, 2019, III, 1157.

⁴² Cfr., in tal senso, M. COSTANZA, *La standardizzazione contrattuale: attualità e prospettive future*, in *Corriere giur.*, 1989, 549.

unilateralmente predisposto dal contraente economicamente più forte. Si tratta all'evidenza di una modalità di formazione dell'accordo che, comprimendo la fase negoziale delle trattative, garantisce al contraente predisponente sia una certa celerità nell'addivenire al perfezionamento del contratto sia il carattere uniforme delle stipulazioni con gli utenti. Sul versante del rapporto, attenendo quest'ultimo alla fase esecutiva del regolamento contrattuale, tale speciale forma di conclusione del contratto opera nel senso della prevedibilità e della prevenibilità delle liti e della possibilità di calcolare i rischi ed i costi connessi al modello unilateralmente predisposto. Volgendo lo sguardo ai limiti ed ai rischi connessi⁴³ al modello della contrattazione standardizzata, essa comprime fortemente la libertà negoziale della parte aderente, che vede notevolmente ridimensionati i confini delle trattative, potendo limitarsi a scegliere se vincolarsi o meno ad un regolamento negoziale unilateralmente predisposto. Ispirandosi ad una logica di riequilibrio, che, come si dirà, ha carattere meramente formale, il Codice civile ha predisposto in favore del contraente debole l'onere di favorire conoscibilità delle clausole onerose in capo al soggetto predisponente, ciò ai fini dell'operatività delle condizioni generali di contratto medesime. Il concetto di conoscibilità, che sarà precipuo oggetto di indagine comparativa rispetto al concetto di trasparenza richiamato dalla direttiva 93/13/CEE ed attuato dal legislatore nazionale con il Codice del consumo, è in tale contesto da intendersi come effettiva possibilità sul piano oggettivo per l'aderente di conoscere il contenuto di tali condizioni generali di contratto utilizzando la diligenza dell'uomo medio, *rèctius eiusdem condicionis et professionis*. Con specifico riferimento alla categoria di condizioni generali di contratto unilateralmente predisposte che creino un sensibile aggravio alla posizione contrattuale dell'aderente rispetto allo schema legale tipico previsto dal legislatore, il codice vigente ne ha condizionato la relativa efficacia alla specifica approvazione per iscritto da parte del contraente aderente, tentando di individuare un collegamento con una forma di controllo contenutistico sulle stesse. Come si vedrà nel corso di tale introduzione, la tutela approntata dal legislatore del 1942 si è rivelata inadeguata sotto il profilo della protezione del contraente debole.

⁴³ G. DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, X, *Obbligazioni e contratti*, II, Torino 1995.

4. Le clausole vessatorie: classificazione e profili applicativi.

Una prima rilevante questione oggetto di disputa in letteratura concerne il rapporto tra il principio di tassatività e l'elenco di clausole vessatorie predisposta dal legislatore all'art. 1341 comma 2 cod. civ. In particolare, ci si è interrogati in dottrina ed in giurisprudenza sulla possibilità di estendere analogicamente tale catalogo tassonomicamente individuato dal legislatore. Una prima impostazione esclude l'operatività dell'analogia sulla base tanto di un argomento teleologico funzionale fondato sulla Relazione al Codice Civile del 1942⁴⁴, quanto su un argomento sistematico fondato sul carattere eccezionale del comma 2 dell'art. 1341 cod. civ., in ragione del fatto che l'onere di specifica approvazione per iscritto delle singole clausole vessatorie rappresenta una sensibile deviazione del più generale principio – che permea il diritto privato – di libertà delle forme negoziali. Seguendo quindi l'impostazione dell'orientamento prevalente in dottrina ed in giurisprudenza, si esclude in tale contesto l'operatività della fattispecie analogica prevista dall'art. 14 delle c.d. Preleggi.⁴⁵ Così, ad

⁴⁴ Cfr. Relazione del Ministro Guardasigilli al progetto preliminare (n. 169) e Relazione al codice (n. 612) in cui si afferma trattarsi di «*elencazione suscettibile bensì di interpretazione estensiva, ma non di estensione analogica*». Sul punto v. C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto*, in *Diritto Civile*, III, *Il Contratto*, Milano, 1984, 352: «*E' opinione generalmente seguita che la previsione dell'onere formale della specifica sottoscrizione riguarda esclusivamente le clausole indicate dalla legge e che non possa estendersi analogicamente ad altre clausole ugualmente gravose*». In giurisprudenza, v. Cass., sez. un., 14 giugno 1990, n. 5777, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 79; Cass. 3 novembre 1987, n. 8062, in *Or. Giur. Lav.*, 1988, 79.

⁴⁵ In senso contrario alla tesi sopra esposta, a favore dell'applicazione analogica della disposizione contenuta nell'art. 1341 c.c v. E. CESARO, *Condizioni generali di contratto ed elencazione delle clausole vessatorie*, in *Trim.*, 1991, 55 s. L'autore propende a negare che «il prototipo ideale» di contratto sia quello caratterizzato dallo svolgimento di trattative ritenendosi, di conseguenza, che il contratto concluso mediante condizioni generali non rappresenti una deviazione o divergenza dal modello che viene assunto con carattere di generale e centrale rappresentatività del sistema, in quanto tale modello non esiste. Per cui, esistendo soltanto, in materia di contratti, dei «*corpi distinti ed autonomi, ciascuno dei quali assume il ruolo di microsistema*» e non dovendosi considerare lo schema contrattuale delle condizioni generali di contratto come eccezionale, sarebbe possibile estendere il requisito della specifica approvazione per iscritto anche a casi diversi da quelli specificatamente previsti dall'art. 1341, 2° comma. Tale elencazione dovrebbe, dunque, considerarsi meramente esemplificativa. Tale tesi, pur condivisibile in merito all'osservazione che non corrisponde alla realtà dei fatti considerare il contratto concluso a seguito di trattative come quello «normale» e quello concluso in base a condizioni generali come «eccezionale», non tiene conto «*di una argomentazione più specifica frequentemente utilizzata dalla giurisprudenza, che non contrappone la disciplina delle condizioni generali nel suo insieme a quella del contratto in generale, bensì considera eccezionale il requisito della specifica sottoscrizione per iscritto previsto dall'art. 1341, comma 2 c.c., rispetto al principio di generale della libertà di forma*». In tale ultimo senso v. S. PATTI, *Le clausole vessatorie*, in *Responsabilità precontrattuale e contratti standard* (commentario al Codice civile diretto da P. Schlesinger, artt. 1337 - 1342), Milano, 1993, 373. V. anche, in tal senso, U. MORELLO, *Condizioni generali di contratto*, in *Digesto civ.*, III, Torino, 1988, 397.

esempio, non rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina in esame la clausola "a prima richiesta" oggetto di un contratto di garanzia fideiussoria, la clausola che esclude l'indennità per i miglioramenti in materia di locazione e financo la clausola con cui il lavoratore subordinato aderisce ad un accordo di durata minima, disponendo così del proprio diritto di recesso. Aderendo dunque all'impostazione che esclude il ricorso allo strumento analogico in forza del carattere eccezionale della norma in esame, tuttavia, non si giunge ad escludere l'operatività dell'interpretazione estensiva, garantendo un margine di elasticità. In effetti, la questione dell'applicazione analogica della disposizione dell'art. 1341 comma 2 cod. civ. è ormai superata – almeno per ciò che concerne i contratti conclusi tra «professionisti» e «consumatori» – dall'applicazione della normativa comunitaria in tema di clausole abusive. Si tratta quindi di un ulteriore spunto di riflessione che consente di individuare, nella risoluzione del problema relativo all'applicazione analogica della disposizione in esame, un lume di continuità con la più recente disciplina di derivazione comunitaria posta a tutela del consumatore. Con riferimento alla prima macro categoria di clausole onerose rispetto alle quali il legislatore ha espressamente previsto l'onere della specifica approvazione per iscritto, le clausole limitative della responsabilità del predisponente pongono al riguardo taluni spunti di riflessione. In particolare, si pone *ictu oculi* il problema del rapporto intercorrente tra le clausole *de quibus* e l'art. 1229 cod. civ. in base al quale è nullo qualsivoglia patto che escluda o limiti la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave. Ne consegue che tali clausole, qualora siano riprodotte nel contenuto di condizioni generali di contratto, saranno da qualificare come nulle, quantunque risultino specificatamente approvate per iscritto.

Risulta, pertanto, ridimensionata la fisionomia delle clausole limitative della responsabilità rilevanti ex art. 1341 comma 2 cod. civ.: nello specifico, esso troverà applicazione con esclusivo riferimento alle clausole che escludano la responsabilità del predisponente per i soli casi di *culpa levis*. A tale categoria di clausole sono comunemente ricondotte quelle che escludono *tout court* o limitano in parte il diritto dell'aderente ad ottenere la risoluzione del contratto od il risarcimento del danno. Una questione molto dibattuta in giurisprudenza circa la rilevanza di tali clausole concerne la linea di confine con quelle atte ad individuare l'oggetto del contratto. In particolare, si nota come la linea di confine non sia così certa in materia assicurativa, dove si coglie la difficoltà

dell'interprete di inquadrare la fattispecie nell'una o nell'altra categoria sopra menzionate: in particolare, con specifico riferimento al contratto di assicurazione⁴⁶, le clausole atte a limitare la sfera del rischio assicurato con il regolamento negoziale non sarebbero da ricondurre nell'ambito applicativo dell'art. 1341 comma 2 cod. civ., in quanto specificatamente dirette a definire l'oggetto del contratto assicurativo⁴⁷.

Sempre a titolo esemplificativo, con riferimento al contratto di parcheggio, la clausola che escluda dall'obbligo di custodia gli oggetti contenuti all'interno del veicolo, in quanto delimitante l'oggetto dell'accordo, dovrebbe essere correttamente qualificata come clausola limitativa dell'oggetto e non della responsabilità.

Passando in rassegna le altre clausole che compongono l'elencazione prevista dal legislatore del 1942 all'art. 1341 comma 2 cod. civ., assumono particolare rilievo quelle che fissano in favore del contraente predisponente la possibilità di recedere in casi diversi da quelli espressamente previsti dalla legge⁴⁸ o di sospendere unilateralmente l'esecuzione del contratto. Tale categoria di clausole, determinando uno squilibrio negoziale in favore del contraente predisponente, meritano la collocazione tra le clausole vessatorie di cui alla disposizione in esame⁴⁹, a nulla rilevando che le medesime facoltà siano accordate anche nei confronti del contraente aderente⁵⁰. Tale clausola solleva la questione del rapporto con la fattispecie risolutoria, ed in particolare con la figura della clausola risolutiva espressa. Essa integra la pattuizione con la quale i contraenti convengono espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinata

⁴⁶ A tal proposito si veda Cass. civ. Sez. III, 04/02/2002, n. 1430, in *Mass. Giur. It.*, 2002, secondo la quale nel contratto di assicurazione, sono da considerare clausole limitative della responsabilità, per gli effetti dell'art. 1341 c.c. quelle clausole che limitano le conseguenze della colpa o dell'inadempimento o che escludono il rischio garantito. Attengono diversamente all'oggetto del contratto quelle clausole che riguardano il contenuto e i limiti della garanzia assicurativa e, dunque, specificano il rischio garantito. (Principio affermato in tema di contratto di assicurazione infortuni, in un caso in cui i giudici di merito avevano ritenuto delimitativa dell'oggetto del contratto e non della responsabilità la clausola che faceva riferimento ad un diverso massimale per la liquidazione dell'infortunio in quei casi in cui il grado di invalidità fosse inferiore al 5%).

⁴⁷ In materia assicurativa, cfr. la copiosa rassegna in P. STANZIONE, *Le clausole onerose nelle assicurazioni private*, Milano, 1970.

⁴⁸ V. gli artt. 1372 c.c. e ss. e 1460 c.c. e ss.

⁴⁹ Cfr., in tal senso C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto*, I, in *Enc. giur. Treccani*, cit., 5.; R. SCOGNAMIGLIO, op. cit., p. 283; vedi anche Cass., 8 ottobre 1968, m. 3161, in *FI*, 1969, I, 383; Cass., 29 gennaio 1976, n. 275, che ha escluso la necessità della specifica approvazione per iscritto della clausola attributiva della facoltà di recesso per giusta causa al prestatore d'opera intellettuale in quanto facoltà espressamente riconosciuta dalla legge.

⁵⁰ Considerando lo squilibrio tra le parti al momento del perfezionamento del contratto, la conclusione inversa darebbe la stura ad una sopraffazione del contraente economicamente più debole. In tal senso v. S. PATTI, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1996, 381.

obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite. Con riferimento a tale istituto si è ritenuto in alcune pronunce di merito che il predisponente avrebbe comunque potuto agire in giudizio proponendo una domanda di risoluzione per inadempimento ex art. 1453 cod. civ. e che pertanto tale clausola non potesse essere assoggettata agli oneri formali della doppia sottoscrizione di cui all'art. 1341 comma 2 cod. civ., escludendone pertanto la vessatorietà.⁵¹

Le clausole che prevedono decadenze rappresentano quelle particolari condizioni che collegano il prodursi di un effetto giuridico al soddisfacimento di un onere. Tali clausole rimandano implicitamente alla disciplina contenuta all'art. 2965 cod. civ., secondo cui è nullo il patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto. Il *punctum dolens* cui dottrina e giurisprudenza hanno tentato di dare una risposta concerne il discrimen tra un termine decadenziale⁵² convenzionale inammissibile in quanto rende eccessivamente gravoso l'esercizio di un diritto ex art. 2965 cod. civ. ed una clausola che fissi una decadenza ammissibile condizionata all'onere formale della specifica approvazione per iscritto. In particolare, l'orientamento prevalente suggerisce una valutazione oggettiva del singolo caso concreto, che prescindendo dall'*animus* soggettivo dei contraenti e che tenga conto del tipo e della natura giuridica del negozio da porre in essere.⁵³ A titolo meramente esemplificativo, sempre con riferimento al contratto di assicurazione, integrano la tipologia di clausole in esame quelle che escludono il risarcimento del danno in favore dell'assicurato che dichiari cose inesistenti al tempo di verifica del sinistro.⁵⁴

⁵¹ Cass. 8 gennaio 1992, n. 126; Contra, S. PATTI, op. cit., 380; C.M. BIANCA, *Condizioni*, 5, secondo i quali è opportuno predicare la vessatorietà in quanto il contraente predisponente è posto nelle condizioni di sciogliere unilateralmente il contratto anche a fronte di inadempimenti di scarsa importanza.

⁵² Per l'inquadramento di tale specifica categoria di clausole onerose v. in tal senso, C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto*, in *Diritto Civile*, III, *Il contratto*, cit., 355.

⁵³ Cass., 1° aprile 1974, n. 926, in *Rep. FI*, 1974, voce lavoro (rapporto), n. 295; l'eccessiva difficoltà dell'esercizio del diritto deve essere valutata principalmente in relazione ad un criterio temporale, senza che abbia rilevanza, peraltro, l'accertamento dell'eventuale malafede di una delle parti, avendo tale criterio un carattere oggettivo. Vi è chi propone, a tale riguardo, un'interpretazione, il più possibile, estensiva dell'art. 2965 c.c., non indicando l'espressione «eccessivamente difficile», in esso contenuta, una effettiva impossibilità, ma una «difficoltà che oltrepassa in modo significativo quella collegata al normale esercizio del diritto». Da tale interpretazione estensiva deriverebbe, naturalmente, una forte compressione dell'ambito di operatività dell'art. 1341, comma 2, che spiegherebbe la sua efficacia soltanto in un numero relativamente limitato di casi.

⁵⁴ Cass., 10 gennaio 1980, n. 197, in *Giust. It.*, 1980, I, 1, 1046, che considera vessatoria la clausola che collega ad un mancato comportamento dell'assicurato, successivo al sinistro ed estraneo al rischio assicurato, l'estinzione del diritto all'indennizzo già sorto con l'evento. V. anche T. Torino, 31 marzo 1956, in *Foro Padano*, 1958, I, 184; T. Venezia, 21 giugno 1978, in *Ass.*, 1979, II, 46.

Passando alla quarta tipologia di clausole tassativamente vessatorie ex art. 1341 comma 2 cod. civ., le clausole che frappongono limiti alla possibilità per l'aderente di opporre eccezioni al contraente predisponente riducono dal punto di vista processuale l'operatività del contraente aderente aggravandone pesantemente la posizione processuale. Emblematica a tal proposito è la c.d. clausola *solve et repete*, la quale subordina la possibilità per l'aderente di opporre eccezioni al previo adempimento della relativa prestazione. È pacificamente ricondotta a tale sub categoria di clausole vessatorie, la clausola in forza del quale il predisponente esclude la possibilità per l'aderente di sollevare l'eccezione "*inadimplenti non est adimplendum*" a fronte dell'inadempimento della controparte di un contratto sinallagmatico che agisca in giudizio per ottenere il soddisfacimento delle proprie ragioni creditorie. Al contrario, non sono qualificate come vessatorie quelle clausole che operano sul piano sostanziale⁵⁵ e non processuale, concernendo il diritto sostanziale della parte del rapporto contrattuale: si pensi, in materia di contratto di locazione, alla clausola che escluda per l'aderente il conseguimento di un'indennità per i miglioramenti arrecati alla *res* durante l'esecuzione del rapporto negoziale; a tal proposito, si rileva che una siffatta clausola incida non tanto sulla posizione processuale dell'aderente, quanto più nel senso di limitare il proprio diritto sostanziale, esulando dall'applicazione dell'art. 1341 comma 2 cod. civ. Con riferimento poi alla clausola penale, quantunque essa produca l'effetto processuale di impedire alla parte di provare che il danno sia inferiore al *quantum debeatur* a titolo di penale, essa tendenzialmente non si considera come clausola vessatoria.⁵⁶

Con specifico riguardo alle clausole che fissano restrizioni alla libertà di contrarre con i terzi, la norma si riferisce a quelle condizioni che comprimono l'autonomia negoziale dell'aderente nel perfezionamento di negozi giuridici con i terzi, nella determinazione del contenuto dei suddetti accordi o nella scelta dei contraenti con cui stipulare i contratti.

⁵⁵ Con riguardo a tale specifica tipologia di clausole onerose v. S. PATTI, op. ult. cit., 382; L. FRANCIOSI, *Le clausole vessatorie*, Roma, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 6; Cass., 5 ottobre 1976, n. 3272, in *Foro Italiano*, 1976, I, 2691, con nota di A. LENER, *Condizioni generali di contratto, clausola solve et repete e tutela dalla prevaricazione*. Secondo l'Autore, «*deve essere specificamente approvata per iscritto non soltanto la clausola (solve et repete), con cui si stabilisce che la parte non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta, ma anche quella che vieta di promuovere azioni intese ad ottenere l'adempimento della controparte prima di eseguire la propria prestazione, in quanto diretta allo scopo di assicurare la priorità temporale del soggetto gravato della clausola*».

⁵⁶ Vedi A. MARINI, *In tema di approvazione specifica per iscritto della clausola penale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1980, 550 ss. Per una panoramica delle differenti posizioni espresse v. E. PERISCO, *La clausola penale*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 1996, II, 75 ss.

Esemplificando la categoria di condizioni generali di contratto in esame, si può far riferimento ai divieti di alienazione, quantunque a tempo determinato, i c.d. prezzi imposti – *réctius*, le clausole che impongano all’aderente di rivendere determinati beni ad un prezzo unilateralmente fissato dal contraente predisponente –, i patti di non concorrenza, i patti di prelazione e financo quelli che conferiscono al predisponente la facoltà di rinnovo o di proroga del contratto.⁵⁷

Proseguendo l’analisi delle condizioni generali di contratto tassativamente vessatorie ai sensi dell’art. 1341 comma 2 cod. civ., particolare rilevanza acquistano in tale contesto quelle che producono come effetto una proroga tacita od una rinnovazione del contratto in mancanza di una dichiarazione contraria dell’aderente.⁵⁸ Si fanno comunemente rientrare in tale categoria quelle clausole che, ampliando la previsione normativa in tema di proroga o di rinnovazione tacita, fissano un termine più lungo per il preavviso della disdetta o prevedono uno specifico requisito formale per la stessa. Secondo una parte della letteratura, tali particolari clausole si considerano vessatorie quand’anche presentino il requisito della bilateralità, in quanto si tratta comunque di condizioni che il predisponente pone a proprio vantaggio, sebbene possa avvantaggiarsene anche il contraente aderente.

Vi sono poi le clausole compromissorie in forza delle quali si demanda agli arbitri, giudici privati la cui giurisdizione è fissata di comune accordo tra le parti, la risoluzione di determinate controversie tra il predisponente e l’aderente o tra quest’ultimo ed i terzi. Le condizioni generali di contratto che derogano alla competenza dell’autorità giudiziaria derogano le norme relative alla giurisdizione o alla competenza per territorio dei giudici, stabilendo un foro diverso da quello competente per legge o limitando la scelta tra fori alternativamente previsti dalle norme processuali. Una particolare questione controversa in letteratura concerne la clausola compromissoria per la quale si prevede *ex lege* la forma scritta *ad substantiam* ex art. 808 comma 1 cod. proc. civ.: in particolare ci si è chiesti se

⁵⁷ Cfr. C. M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. giur. Treccani*, cit., 6.; V. Cass., 29 marzo 1977, n. 1214, in *Giur. Civ.*, 1977, I, 1399, con nota di Z. O. ALGARDI, *Brevi note in tema di approvazione scritta del patto di non concorrenza*; T. Milano, 26 settembre 1977, in *Foro Padano.*, 1977, I, 362; Cass., 17 gennaio 1979, n. 337, in *Archivio locaz.*, 1979, 41, esclude che possa farsi rientrare tra le clausole onerose quella che stabilisce il divieto di sublocazione.

⁵⁸ Cfr. A. Napoli, 2 maggio 1970, in *Dir. giur.*, 1970, 549; Cass., 16 giugno 1976, n. 2266, in *Rep. FI*, 1976, voce contratto in genere, n. 117, in riferimento alla c. d. clausola di riscrittura, contenuta in un contratto di scrittura artistica, considerata onerosa in quanto l’artista si obbliga a fornire le proprie prestazioni anche per la stagione successiva.

tale clausola sia da includere tra quelle onerose anche quando preveda la sottoposizione di eventuali liti all'arbitrato libero od irrituale. Una prima impostazione di natura negativa si fonda sull'essenza prettamente contrattuale della decisione demandata agli arbitri, i quali opererebbero quali mandatari delle parti in lite. Si sostiene, seguendo il suddetto orientamento, che proprio la natura contrattuale della decisione degli arbitri non sarebbe di per sé idonea a derogare le regole sulla competenza giudiziaria previste dalla legge⁵⁹. Per contro, vi è chi sostiene che la decisione degli arbitri, pur vantando una natura certamente contrattuale, essa postula comunque una sorta di rinuncia abdicativa dell'aderente alla tutela giurisdizionale in senso stretto, che giustificerebbe l'assoggettamento di tale specifica clausola agli oneri formali di cui all'art. 1341 comma 2 cod. civ.⁶⁰ Trattando poi della natura giuridica delle clausole derogatorie della giurisdizione del giudice italiano, l'orientamento più risalente in letteratura ed in giurisprudenza le collocava tra quelle vessatorie, richiedendo per esse il soddisfacimento dell'onere formale della doppia approvazione per iscritto. Nella sostanza tale impostazione valorizzava la natura eminentemente processuale della clausola *de qua*, la quale era ritenuta valida solo in quanto specificatamente approvata per iscritto dal contraente aderente. Tale impostazione è stata superata da quanti hanno ritenuto che tale clausola presenterebbe una natura negoziale, e di conseguenza sarebbe sottratta all'applicazione dell'onere della doppia sottoscrizione. Per concludere questa panoramica sull'elencazione tassonomica delle condizioni generali di contratto aventi carattere vessatorio ex art. 1341 comma 2 cod. civ., è opportuno sottolineare come sono sottratte all'applicazione del suddetto onere formale quelle clausole onerose e squilibranti che fissano un luogo di adempimento dell'obbligazione differente rispetto a quello fissato ex lege: quantunque tali clausole incidano indirettamente sul foro competente a decidere eventuali controversie, si ritiene che esse riguardino l'elemento sostanziale del rapporto negoziale.

⁵⁹ In senso negativo, Cass., 20 ottobre 1965, n. 2157, in *Rep. FI*, voce arbitrato, n. 40; Cass., 15 giugno 1979, n. 3373, in *GI*, 1979, I, 1, 236; T. Milano, 10 ottobre 1972, in *GI*, 1974, I, 2, 71; A. Milano, 13 luglio 1976, in *Mon. Trib.* 1976, 535;

⁶⁰ La più convincente tesi contraria ha argomentato nel senso della non impugnabilità del lodo arbitrale irrituale per *error iuris* e nel senso della limitazione del potere di impugnativa per manifesta iniquità al caso di dolo degli arbitri, dimostrando con ciò come anche l'arbitrato irrituale integri una rinuncia, sebbene parziale, alla tutela dinanzi agli organi di giustizia ordinari. Lo ricorda S. PATTI, op. cit., 390. Ammette l'impugnazione del lodo arbitrale irrituale per errore di diritto E. FALAZZARI, *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1987, 406. In senso critico alla suddetta consolidata opinione giurisprudenziale, v. R. SCONAMIGLIO, op. cit., 287;

Conclusa l'analisi sull'elencazione tassonomica di cui all'art. 1341 cod. civ. comma 2, contenente le condizioni generali di contratto avente *ex lege* natura vessatoria, occorre svolgere talune puntualizzazioni sugli oneri formali fissati in materia dal legislatore del 1942, al fine di curarne nel proseguo della presente trattazione l'aspetto comparativo rispetto ai canoni della trasparenza nei contratti del consumatore, evocati dalla direttiva 93/13/CEE a cui è stata data attuazione con la disciplina settoriale del Codice del Consumo.

5. Gli oneri imposti dal requisito formale della conoscibilità nelle c.d condizioni generali di contratto.

Si è detto che le condizioni generali di contratto unilateralmente poste dal predisponente e qualificate *ex lege* come vessatorie ex art. 1341 comma 2 cod. civ. sono valide ed efficaci in quanto soddisfano, per l'appunto *ad validitatem*, il requisito formale della specifica approvazione per iscritto. Il primo problema su cui la letteratura e la giurisprudenza si sono interrogate riguarda le modalità attuative dell'onere formale in parola. Di riflesso, dottrina e giurisprudenza si sono altresì interrogate sugli effetti del mancato assolvimento del requisito formale in parola: in particolare, ci si deve domandare se dalla mancata specifica approvazione per iscritto delle condizioni generali di contratto vessatorie ex art. 1341 comma 2 cod. civ. derivi la nullità o l'inefficacia della clausola, vagliando le differenti conseguenze che la risoluzione di tale interrogativo può produrre sulle sorti dell'intero contratto.

Il requisito formale previsto dal codice del 1942 richiede una specifica approvazione per iscritto recante la sottoscrizione della dichiarazione di accettare il vincolo derivante dalle condizioni generali di contratto vessatorie: si tratta di una sottoscrizione ulteriore rispetto a quella apposta dall'aderenza in calce all'intero regolamento negoziale⁶¹. Occorre,

⁶¹ Cass., 29 gennaio 1970, n. 201, in *Rep. FI*, 1970, voce obbligazioni e contratti, n. 1486; Cass., 29 dicembre 1970, n. 2773, in *FI*, 1971, I, 980; Cass., 8 luglio 1971, n. 2186, in *Rep. FI*, 1970, voce contratto in genere, n. 702; Cass., 9 maggio 1975, n. 1789, in *Rep. FI*, 1975, voce contratto in genere, n. 61; Cass., 5 ottobre 1976, n.

peraltro, che il contenuto della dichiarazione di accettazione individui chiaramente e secondo criteri di intelligibilità, il contenuto delle clausole onerose di guisa che consti la certezza circa la conoscibilità da parte dell'aderente della portata sostanziale di tali clausole. In taluni, e per la verità, isolati casi si è ritenuto sufficiente l'utilizzo di un rimando numerico⁶² *per relationem* alla singola condizione generale di contratto onerosa, anche se più propriamente si è ritenuto, in una logica di maggior tutela dell'aderente, integrato il requisito formale solamente mediante la sottoscrizione della dichiarazione contenente non solo il rinvio numerico alla singola clausola ma anche ma anche il suo specifico contenuto vincolante. Sempre operando secondo una logica di maggior tutela nei confronti del contrante aderente, si è via via consolidato l'orientamento teso a richiedere che la dichiarazione di approvazione contenga ogni singola clausola e di conseguenza anche il suo specifico contenuto.

Se risulta ormai consolidato il contenuto di tale specifico onere della c.d. doppia sottoscrizione previsto per le condizioni generali di contratto vessatorie – per cui non è sufficiente un'unica sottoscrizione del regolamento contrattuale comprensivo delle clausole vessatorie richiamate nella dichiarazione di accettazione, né il mero richiamo alle suddette clausole mediante il richiamo numerico senza alcuno riferimento al loro oggetto – rilevante risulta la questione relativa alla qualificazione giuridica di tale onere ed alle conseguenze sulle sorti del contratto nell'ipotesi della sua violazione. Secondo una prima impostazione risalente della Suprema Corte⁶³, l'onere formale di cui all'art. 1341 comma 2 cod. civ. integrerebbe un requisito di forma *ad substantiam*⁶⁴, la cui violazione produrrebbe una forma di nullità, che formerebbe oggetto di un'eccezione in senso lato opponibile anche dal proponente e rilevabile *ex officio* dal giudice. In questa prima “tranche” di pronunce veniva lambito anche il tema delle sorti del regolamento contrattuale per effetto dell'accertata nullità della clausola onerosa che non fosse

3272, in *FI*, 1976, I, 2621, Cass., 20 febbraio 1978, n. 803, in *Arch. civ.*, 1978, 887; Cass., 3 marzo 1980, n. 1415, in *Rep. FI*, 1978, voce contratto in genere, n. 552; Cass., 14 ottobre 1981, n. 5394, in *Rep. FI*, 1981, voce contratto in genere, n. 620.

⁶² Cass., 9 ottobre 1976, n. 3361, in *Rep. FI*, 1976, voce contratto in genere, n. 668; Cass., 3 ottobre 1980, n. 5368, in *Rep. FI*, 1980, voce contratto in genere, n. 604.

⁶³ Cass., 11 novembre 1974, n. 3508, in *Giur. civ.*, 1974, I, p. 1469 s.; in *GI*, 1976, I, 1, 815, con nota di C. PIRIA, *Difetto di approvazione e difetto di forma delle clausole onerose* e in *Temi*, 1976, 413, con nota di G. D'AMICO, *Ancora sull'art.1341 cod. civ. 2° comma, con riferimento, in particolare, al pactum de foro prorogando*.

⁶⁴ A. GENOVESE, *Le Condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, 232; M. DOSSETTO, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Noviss.dig.it.*, III, Torino, 1959, 1112.

specificatamente approvata per iscritto: in particolare, secondo l'impostazione in esame, in tale fattispecie trovava applicazione la disciplina di cui all'art. 1419 comma 1 cod. civ., con la conseguente nullità dell'intero contratto qualora risultasse che le parti non lo avrebbero concluso in mancanza della clausola affetta da nullità. Tale impostazione fu oggetto di aspre critiche in letteratura, soprattutto ad opera di quanti ritenevano che il rinvio all'applicazione della normativa in tema di nullità consentisse al predisponente di farne uso processuale a proprio vantaggio, con ciò violando la *ratio* dell'onere formale previsto dalla normativa in esame, ovvero la tutela dell'aderente dagli abusi perpetrati dal predisponente attraverso la modalità contrattuale standardizzata⁶⁵. Se si tratta di una normativa prodromica e funzionale alla tutela della parte aderente contro gli eccessi, la sopraffazione e gli abusi del predisponente, ne consegue che di tale forma di tutela e di protezione possa giovare solo ed esclusivamente la parte aderente. Secondo un'ulteriore orientamento affermato in letteratura⁶⁶, non vi sarebbero dubbi circa il fatto che l'art. 1341 comma 2 cod. civ. sia una norma posta a tutela del contraente aderente, ma dalle *littera legis* in esame non può derivare una forma di tutela che si estenda alla legittimazione ad agire in giudizio, con l'ulteriore conseguenza della totale estromissione del contraente predisponente e con il venir meno della rilevabilità *ex officio*. Pertanto, si tratterebbe di una forma di tutela che attiene, non tanto alla limitazione della legittimazione ad agire per far valere tale nullità, quanto al momento genetico formativo dell'accordo. Dall'applicazione della disciplina dell'art. 1419 comma 1 cod. civ. deriverebbe dunque un effetto contrario, e quasi paradossale, rispetto alla *ratio* di tutela del contraente aderente: in particolare, si ritiene che il riferimento alla volontà delle parti sussunto nella *littera legis* dell'art. 1419 comma 1 cod. civ. sia da considerarsi in senso disgiuntivo; ne deriva che, il predisponente, provando in giudizio che non avrebbe concluso il contratto senza la clausola vessatoria di cui si rileva la nullità, potrebbe ottenere la caducazione dell'intero regolamento contrattuale.

⁶⁵ G. B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 11 s. In particolare, si vedano le tesi già espresse da A. DE MARTINI, *Contratti per adesione e approvazione specifica delle clausole vessatorie*, in *Giur. Cass. civ.*, 1948, III, 1095 s.; A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954; M. DOSSETTO, *Condizioni generali di contratto* voce del *Noviss. Dig.*, Torino, 1959, 1112 s.

⁶⁶ G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 480 s.

Passando all'analisi della seconda impostazione affermata sul punto in letteratura, vi è chi ritiene che il mancato soddisfacimento dell'onere formale della doppia sottoscrizione ex art. 1341 comma 2 cod. civ. non dia luogo ad una forma di nullità – come tale rilevante ai sensi dell'art. 1419 comma 1 cod. civ., con la possibilità di dar luogo alla caducazione dell'intero regolamento contrattuale, qualora si dimostri che si tratti di clausola essenziale – quanto piuttosto ad una forma di inefficacia che colpisca la singola condizione generale di contratto onerosa. Si sottolinea a tal proposito come l'espressione utilizzata dal legislatore al secondo comma dell'art. 1341 cod. civ. “*non hanno effetto*” fa riferimento al piano delle conseguenze e non a quello delle cause che le producono. Ciò posto, ne deriva che il negozio nullo è certamente inefficace ma non vale in assoluto il contrario. Sotto il profilo strettamente formale, tale impostazione rammenta come sarebbe errato far discendere dall'inefficacia per violazione del requisito formale della doppia sottoscrizione la nullità della clausola onerosa, con possibilità di incidere dunque sulla stabilità dell'intero regolamento negoziale. Se ne ricava che le condizioni generali di contratto non specificatamente approvate per iscritto non entrano a far parte del regolamento negoziale, bensì ne rimarrebbero ad esso esterne. Per tale ragione, si ritiene che le clausole vessatorie che non siano specificatamente approvate per iscritto non entrano a far parte del regolamento negoziale e che l'onere formale di cui all'art. 1341 comma 2 cod. civ. non integri un requisito previsto *ad substantiam* bensì una condizione di efficacia di natura formale per l'operatività della clausola onerosa⁶⁷. A sostegno di tale impostazione, si sottolinea che il requisito formale della doppia sottoscrizione opera anche nel caso in cui sia prevista per il contratto la forma scritta *ad substantiam* ex art. 1350 cod. civ.: l'osservazione della prescrizione relativa alla forma scritta prevista *ex lege* per la forma del contratto non comporta l'automatica conseguenza dell'efficacia delle singole clausole vessatorie non specificatamente approvate per iscritto.

Delineati i tratti essenziali della disciplina riguardante le condizioni generali di contratto, nonché individuate la *ratio* protettiva secondo una logica di tutela del contraente aderente, occorre – prima di passare all'analisi dei caratteri generali della direttiva 93/13/CEE – individuare i limiti propri della disciplina posta dal legislatore del 1942 che,

⁶⁷ Se il connubio dato dalla volontà e dall'intesa contrattuale vertente sulle clausole onerose non si forma, più che di difetto di una forma scritta *ad substantiam* dovrà più correttamente parlarsi di assenza del consenso, di modo tale che sulle clausole onerose non potrà essersi raggiunto l'accordo. In tal senso, v. F. VENOSTA, *Condizioni generali vessatorie, forma della ratifica e nullità parziale del contratto*, in *Banca borsa*, 1990, I, 646.

secondo autorevoli voci affermatesi in letteratura, l'avrebbero resa inidonea rispetto contesto socioeconomico di riferimento.

È pacifico che con la rivoluzione industriale⁶⁸ si siano affermati sul mercato i giganti della produzione di beni e servizi al fine di entrare in contatto con una massa di potenziali clienti non aprioristicamente individuabili. Tale innovazione socioeconomica ha senza dubbio contribuito a svelare l'inadeguatezza dei classici metodi di perfezionamento del regolamento contrattuale, fondati sull'incontro di atti unilaterali recettizi – *réctius*, proposta ed accettazione – che assurgono, tendenzialmente, all'apice di una più o meno intensa fase di trattative negoziali. Ed è proprio in tale contesto socioeconomico che si colloca la brillante intuizione del legislatore del 1942, al quale va senza dubbio riconosciuto il merito di aver colto per primo l'importanza di tale stravolgimento economico attraverso la costruzione di una disciplina – per l'appunto quella sopra sommariamente tratteggiata – che presentava dei profili di novità rispetto alla tradizionale modalità di conclusione del contratto. Che cosa può aver spinto il legislatore del 1942 a tipizzare una disciplina così innovativa nel panorama europeo? Pare a chi scrive che, tenuto conto della portata fortemente innovativa della disciplina oggetto di esame, riaffiori dalla semplice lettura della *littera legis* di cui agli artt. 1341 e 1342 cod. civ. la convinzione secondo cui fosse meritevole di tutela l'interesse perseguito dalla grande impresa che si proponeva l'obiettivo di plasmare dei paradigmi contrattuali uniformi mediante i quali procedere alla cessione di grandi quantità di beni e servizi. Per contro, il legislatore del 1942 ben conosceva anche i rischi connessi alla posizione dell'aderente e, per tutelarla da qualsivoglia forma di abuso perpetrata dal predisponente, ha introdotto nella disciplina delle condizioni generali di contratto c.d. onerose o vessatorie lo specifico onere della doppia sottoscrizione.

⁶⁸ G. ALPA, *Contratti di massa (Profili generali)*, in *Enc. dir., Agg. I*, Milano, 1997, 403; ID., *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1999, 156 s.; A. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Milano, 2008, 8 s. Secondo ulteriore impostazione, il contratto standard non sarebbe riconducibile alla macrocategoria delle modalità autonome di conclusione dell'accordo: in tal senso A. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994, 212; E. SCODITTI, *La responsabilità per i danni da clausole abusive*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 257 s.

6. Effetti del contratto concluso mediante clausole unilateralmente predisposte e profili di tutela.

Riprendendo le fila del discorso sui vantaggi connessi a tale speciale modalità di conclusione dell'accordo negoziale, il contratto concluso mediante clausole unilateralmente predisposte dal contraente, sacrificando o comunque comprimendo la fase delle trattative negoziali, riduce fortemente i tempi necessari ad addivenire alla conclusione del contratto;⁶⁹ ma non si tratta dell'unico vantaggio da ricollegare a tale speciale modalità di contrattazione, quantunque sia il più evidente e percepibile all'esterno: in particolare, il contratto unilateralmente predisposto consente l'abbattimento dei costi di negoziazione e, ampliando l'indagine sui principi costituzionali che si riflettono sul diritto civile, dà piena attuazione al principio di uguaglianza, parificando la posizione contrattuale di ogni potenziale cliente – non individuabile aprioristicamente – dinanzi alle regole del giuoco unilateralmente poste dal predisponente. L'ampia gamma di vantaggi così delineati consente a tale forma di contrattazione standardizzata il superamento del vaglio di meritevolezza degli interessi in gioco. In virtù della disciplina posta dal legislatore del '42, le condizioni generali di contratto unilateralmente predisposte producono effetto a condizione che risultino conosciute o conoscibili mediante l'ordinaria diligenza, al momento della conclusione del contratto. Tuttavia, erano noti al legislatore i rischi di abuso del contraente predisponente che poteva approfittare della soggezione dell'aderente, a prescindere dallo *status*⁷⁰ da quest'ultimo rivestito, e per tale ragione sono state previste alcune forme di tutela, come ampiamente esposto nell'analisi preliminare della normativa.

Nello specifico, si è stabilito che qualora il predisponente inserisca unilateralmente nel contratto una clausola vessatoria – in quanto rientrante nell'elencazione tassonomica di

⁶⁹ A. GENOVESE., *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954; C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto* (dir. civ.), in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, 2.

⁷⁰ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 352.; P. BONOFILIO, *L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 1469-bis cod. civ.*, nota a Corte cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Nuova giur. civ.*, 2003, I, 178. A. GENOVESE, op. cit., p. 21; ID., *Sulla specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie*, in *Obbligazioni e contratti*, 2005, 215 s. In giurisprudenza, v. Cass., 17 marzo 1998, n. 2849, in *Mass. Giur. it.*, 1998.

cui all'art. 1341 comma 2 cod. civ. – tale clausola sarà improduttiva di effetti giuridici, a meno che non sia soddisfatto l'onere della specifica approvazione per iscritto⁷¹. Si tratta di un profilo di tutela avente carattere eminentemente formale, funzionale alla tutela del contraente aderente contro l'onerosità di talune clausole unilateralmente inserite dal predisponente nel contenuto del regolamento negoziale. L'abuso architettato dal contraente predisponente, oltre a perpetrarsi mediante l'inserimento nel contenuto negoziale di clausole onerose in quanto vessatorie, può concretizzarsi financo nell'elaborazione di clausole c.d. ambigue di cui sia controversa l'esatta interpretazione protettiva⁷²: nella suddetta ipotesi, l'aderente potrà agire in giudizio affinché l'interprete provveda all'attribuzione, con riferimento alla clausola controversa, di un significato protettivo fondato su di un'interpretazione favorevole all'aderente e contrario all'interesse del predisponente, secondo quanto statuito dall'art. 1370 cod. civ.: anche quest'ultima norma sarà utilizzata quale *tertium comparationis* nell'indagine volta ad individuare i rapporti intercorrenti tra l'impianto generale del codice civile e le regole specialistiche di cui al Codice del consumo. Ciò che preme rilevare già in questa fase preliminare all'oggetto della presente trattazione è che sia nell'ipotesi di clausola onerosa sia in quella di clausola polisemica, il sistema rimediabile accordato dal codice del '42 prescinde totalmente dallo statuto soggettivo del contraente aderente, non rilevando la sua qualificazione soggettiva alla stregua di professionista o consumatore, categorie invece evocate dalla normativa di matrice comunitaria che rispetto all'impostazione tradizionale codicistica rappresenta uno *jus superveniens*⁷³ che ha determinato, nella disciplina in esame, uno stravolgimento anche di natura assiologico-valoriale.

⁷¹ In generale, sul punto, G. ZANCHI, *Presunzione, onere della prova e giudizio di vessatorietà delle clausole contrattuali*, in *Giur. It.*, 2018, IV, 848.

⁷² In tal senso v. di A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, Tecnica, Torino, 2015, 601; M. CASSOTTANA, *Il problema dell'interpretazione delle condizioni generali di contratto*, in *Le condizioni generali di contratto*, a cura di C.M. BIANCA, I, Milano, 1979, 123; C. DONISI, *In tema di interpretazione delle condizioni generali di polizza*, in *Ass.*, 1979, II, 60; V. RIZZO, *Condizioni generali di contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983, 306; A. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, cit., 24 s.; G. CHINÈ, *Contrattazione standardizzata*, in AA.VV., *Il contratto in generale*, VIII, 2, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2000, 556.

⁷³ Sul punto, v. F. ASTONE, *Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di «consumatore» e «professionista»*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Art. 1469-bis – 1469-sexies*, a cura di G. ALPA e S. PATTI, in *Il c.c. Comm.*, fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Milano, 2003, 139 ss.; L. GATT, *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie*, in *Giust. civ.*, 1998, 2341 ss.; ID., *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina sulle clausole vessatorie. Il consumatore ed il professionista*, in *Commentario al capo XIV bis del Codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di C. M. BIANCA e BUSNELLI, Padova, 1999, 100 ss.

Presupposto di tale nodo tematico connesso ai profili di crisi e decadenza della disciplina dell'art. 1341 cod. civ. è la *ratio* della disciplina in esame funzionale ad approntare una tutela avverso il rischio di abuso dello strumento della predisposizione unilaterale di condizioni generali di contratto vessatorie o polisemiche, prescindendo totalmente dagli statuti soggettivi del rapporto negoziale considerato.

Vi è chi in letteratura, a più riprese, ha considerato talvolta la progressiva inidoneità – parallelamente allo sviluppo del mercato ed alle nuove tecniche di commercializzazione – della disciplina sulle c.d. condizioni generali di contratto quale strumento volto alla repressione di forme di abuso da parte del contraente predisponente nella redazione di testi contrattuali di carattere uniforme ed utilizzabili nella contrattazione con una pluralità indifferenziata di potenziali clienti. Nello specifico si è acutamente osservato che qualora si tratti di beni o servizi di stretta necessità per l'aderente, quest'ultimo sarebbe senza dubbio disposto ad accettare il rischio dell'inserimento nel regolamento negoziale di clausole onerose o polisemiche che fissino per quest'ultimo condizioni altamente svantaggiose.⁷⁴

Un altro limite ravvisato dalla letteratura e dalla giurisprudenza – anche di merito – è rappresentato dall'elencazione tassativa contenuta al comma 2 dell'art. 1341 cod. civ.: si ritiene infatti che tale contenuto, tassonomicamente fissato dal codice, in quanto idoneo ad introdurre un requisito di natura formale, sia soggetto a stretta interpretazione, in quanto la specifica approvazione per iscritto – che evoca il principio della c.d. doppia sottoscrizione delle c.d. condizioni generali di contratto – assurge a deroga ed eccezione al più generale principio della libertà delle forme⁷⁵. La diretta conseguenza di tale assunto è stato il moltiplicarsi di casi di clausole che, quantunque esprimessero un contenuto particolarmente gravoso ed oneroso per l'aderente, non rientravano nell'elenco tassativo delle clausole vessatorie di cui all'art. 1341 comma 2 cod. civ. e dunque venivano considerate dall'ordinamento pienamente valide ed efficaci anche senza il soddisfacimento dell'onere formale della doppia sottoscrizione: esse, infatti, entravano a far parte del contenuto del regolamento negoziale unilateralmente posto dal contraente predisponente attraverso il solo soddisfacimento del requisito della conoscenza e/o della conoscibilità oggettiva di cui al primo comma della norma in esame. Se dalla lettura della

⁷⁴ A. GENOVESE, *Sulla specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie*, cit., 213.

⁷⁵ Sullo specifico punto, F. LEONI, *Condizioni generali di contratto*, in *Studium Iuris*, 2003, V Cedam, 638.

norma, *prima facie* sembrerebbe porsi nei confronti dell'aderente un'alternativa secca tra il rifiuto dell'adesione ad un contratto per lui "oneroso" ed una stipulazione mediante specifica sottoscrizione di clausole vessatorie, vi è chi ha osservato che tale forma di *aut aut* tende a perdere i connotati di rigidità in quanto su tale modalità di contrattazione influiscono in modo condizionante i caratteri del mercato: accade spesso, infatti, che il bene provenga da un predisponente che si presenta quale operatore in regime di monopolio sul mercato, riducendo, se non facendo scomparire, la logica dell'*aut- aut* sopra menzionata. Venendo ad un aspetto di carattere eminentemente psicologico, si rileva che in tale frangente si crea in capo all'aderente una forte spinta motivazionale che trae origine dalla scelta di tutti i clienti che si sono già vincolati a quello specifico contratto *standard* e di cui, con ogni probabilità, ne continueranno l'esecuzione.

Con precipuo riguardo alla tutela di natura ermeneutico-interpretativa, il criterio ex art. 1370 cod. civ. fissato dal legislatore con riferimento alle condizioni generali di contratto che diano luogo ad una fattispecie polisemica, anche in riferimento a tale precetto si possono riconnettere taluni rischi: in particolare, tale norma postula la corretta comprensione della clausola ambigua, di modo tale che, in caso di inesatta comprensione e nella sua completezza, si potrebbe generare un'interpretazione in *favor* dell'aderente che non abbia tuttavia la capacità di soddisfare appieno l'interesse perseguito da quest'ultimo. E' certamente anche la rilevazione di tali aspetti critici⁷⁶ connessi alla disciplina delle condizioni generali di contratto che ha gettato le basi per la nuova disciplina di stampo comunitario che trova la sua massima espressione nella *Dir. 93/13/CEE*,⁷⁷ che ha fatto ingresso nell'ordinamento italiano prima con gli artt. 1469 bis ss. del Codice civile. e poi gli artt. 33 ss. del Codice del consumo. In particolare, in contrasto alle rigidità provenienti dall'elencazione tassativa di cui all'art. 1341 comma 2 cod. civ., si è introdotta una clausola generale di abusività, in forza della quale il singolo patto, ancorché non astrattamente riconducibile al suddetto elenco, viene qualificato *ex lege* come vessatorio qualora determini – *réctius*, sia astrattamente in grado di determinare – un significativo squilibrio tra diritti ed obblighi gravante sul contraente consumatore. Come si vedrà nella

⁷⁷ A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Milano, 2017, 15 ss.; S. KIRSCHEN, *Commento all'art. 3, 1° comma, lett. a, in Codice del consumo*. Commentario, a cura di G. Alpa e L. Rossi Carleo, Napoli, 2005, p. 46 ss.; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2014, 33 ss.; L. DELOGU, *Nozione di consumatore. Consumatore e professionista: il lavoratore dipendente dinanzi al suo difensore*, in *Giur. it.*, 2018, 854 ss.

disamina dei tratti essenziali della direttiva, si è addivenuti ad una forma di tutela che non ha più i crismi della formalità ma che è ispirata a logiche di natura sostanziale contro la natura vessatoria delle singole clausole. Nello specifico, il legislatore del 2005, in attuazione della direttiva comunitaria in materia di clausole abusive, ha introdotto la regola secondo cui è possibile superare la presunzione *iuris tantum* di vessatorietà dimostrando che la singola clausola che si presume vessatoria sia stata oggetto di una specifica fase di trattativa individuale tra il predisponente ed il consumatore. Con riferimento a tale specifico *onus probandi* gravante sul professionista, egli sarà chiamato a fornire una c.d. *probatio diabolica*, dando contezza del fatto di aver concretamente attribuito al consumatore il potere di incidere in modo serio, puntuale ed effettivo sul contenuto della singola clausola unilateralmente predisposta.⁷⁸ Il legislatore europeo ha inoltre previsto una presunzione *iuris et de iure* di vessatorietà nei confronti della quale non è ammessa la prova della circostanza in forza della quale la singola clausola è stata oggetto di specifiche trattative. Inoltre, accanto alla regola *dell'interpretatio contra stipulatorem* è stata introdotto l'obbligo di redigere le clausole in modo chiaro e comprensibile, in applicazione del principio di trasparenza delle clausole contrattuali, la cui genesi ed i cui confini applicativi verranno poi trattati in appendice di questa trattazione preliminare al *punctum dolens* che ci si è proposti di trattare.

La suddetta disciplina di matrice comunitaria, non trova applicazione con riferimento a qualsivoglia forma di contrattazione *standard*, ma solamente con riferimento al contratto *standard* soggettivamente qualificato⁷⁹, in quanto perfezionato tra un professionista ed un consumatore ai sensi e per gli effetti dell'art. 3 comma 1 lett. a) e c) cod. cons.⁸⁰ Appare già *prima facie*, come il regime di disciplina previsto dagli artt. 1341 e 1370 cod. civ. non viene sostituito *tout court* dalla normativa prevista dal codice del consumo. Infatti, tra le due forme di disciplina non si instaura alcun rapporto di *genus ad speciem* né un modello di regola-eccezione. Pertanto, si potranno avere contratti *standard* cui sia

⁷⁸ Tra le prime voci sulla rilevanza delle trattative individuali escludenti il controllo di abusività, v. E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Milano, 1999, 60; R. PARDOLESI, *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?* in *Foro it.*, 1994, V, 139; A. GENOVESE, *Vessatorietà e abusività delle clausole d'uso*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 246 ss.

⁷⁹ È interessante sul punto, la visione d'insieme di F. ASTONE, *Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra Direttiva 25 ottobre 2011 n. 83 e D.lgs. 21 febbraio 2014 n. 24. Ambito applicativo: i contratti standard di servizi di assistenza legale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2015, III, 672.

⁸⁰ S. D'ANDREA, *Contratti standard, contratti del consumatore e Costituzione*, in *Autonomia provata, individuale e collettiva*, a cura di P. Rescigno, Napoli, 2006, p. 59; A. GENOVESE, *op. ult. cit.*, 28.

applicabile esclusivamente la disciplina del Codice civile ed altri a cui si cumula la disciplina dettata dal codice del consumo, essendo il contraente aderente qualificabile come consumatore. Non va dimenticata un'ulteriore possibile circostanza, la quale si riferisce a quei regolamenti contrattuali interamente posti in via unilaterale da uno solo dei contraenti ma non predisposti mediante la modalità delle condizioni generali di contratto e che pertanto andranno assoggettati alla disciplina del codice del consumo.

In tale contesto appare congruo dar conto di quell'orientamento affermatosi in letteratura, secondo il quale il Legislatore sarebbe incorso in una forma di contraddizione.⁸¹ Infatti, secondo un'impostazione accreditata in letteratura, la disciplina introdotta nel codice del consumo in attuazione della Dir. 93/13/CEE si sarebbe posta come obiettivo quello di colmare i limiti della disciplina relativa alle condizioni generali di contratto, evitando il perpetrarsi di forme di abuso da parte del contraente predisponente del regolamento contrattuale. Tuttavia, con riferimento a questo specifico scopo, il legislatore del 2005 ha introdotto una sensibile limitazione soggettiva, creando una disciplina *ad hoc* che trovasse applicazione esclusivamente con riferimento a quei contratti stipulati tra professionista e consumatore, il quale non va inteso quale generica parte debole del rapporto, ma quale persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta, ex art. 3, comma 1, lett. c), Cod. cons.⁸²

Parte della letteratura ha ravvisato in tale scelta programmatica una deriva del fenomeno della contrattazione standardizzata, tentando quindi – con scarsissimi risultati – di interpretare la suddetta nozione di consumatore in modo da estendere il significato dell'espressione «persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta», proponendo la qualificazione come consumatore anche dell'imprenditore che non avesse contrattato mediante la stipula di contratti di cessione di beni o servizi con i propri clienti. Il tentativo – drammaticamente fallito – di tale impostazione è stato quello di colmare i *vulnera* della

⁸¹ In merito alle molteplici applicazioni del principio di ragionevolezza nel diritto privato, v. G. PERLINGERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, 1 ss.; L. NIVARRA, *Ragionevolezza e diritto privato*, in AA.VV., *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica, VII, Ragionevolezza e interpretazione*, Padova, 2002, 373 ss.; S. PATTI, *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 5 ss. e in ID., *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, 7 ss.

⁸² F. MACARIO, *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale*, in *Obbl. e contr.*, 2006, 872 ss.; N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, 1105 s.

disciplina di cui all'art. 1341 cod. civ. mediante una forma di elastica estensione del concetto di consumatore, indebitamente sovrapposto a quello di contrente aderente del contratto standard unilateralmente posto dal contraente predisponente.⁸³ Sempre nella logica di un tentativo di allargamento delle maglie della disposizione contenente la nozione tipica di consumatore, un ulteriore orientamento postula il superamento di tali rigidità mediante una questione di illegittimità costituzionale⁸⁴, ripercorrendo il seguente *iter* logico: se la ratio della nuova disciplina è quella di ampliare la tutela in favore del consumatore che si trovi collocato in una situazione di debolezza dinanzi all'imprenditore, l'esclusione di una paritaria tutela in favore di imprenditori e professionisti che si trovano nella medesima situazione di fatto, si porrebbe in evidente contrasto con l'art. 3 della Costituzione. Alla questione di legittimità costituzionale così sollevata dalla giurisprudenza di merito ha fatto seguito il rigetto della stessa da parte della Corte costituzionale. Ripercorrendo l'iter argomentativo seguito dalla Suprema Corte, il rigetto della questione di legittimità costituzionale troverebbe la sua ragion d'essere oggettiva nella circostanza secondo cui il professionista, quand'anche agisse per scopi estranei alla propria attività professionale, potrebbe comunque fare affidamento su di un certo grado di competenza ed attitudine a qualsivoglia forma di negoziazione.⁸⁵ Inoltre tale scelta sarebbe ispirata ad una logica di armonizzazione minima del diritto privato europeo, rilevato che molte legislazioni nazionali hanno optato per una nozione di consumatore analoga a quella contenuta nel codice del consumo. A tali argomentazioni svolte dalla Corte Costituzionale si è opposto chi ha sottolineato che se tra il professionista ed il consumatore vi fosse lo spazio per una forma di asimmetria informativa, andrebbe per contro dimostrato che l'imprenditore sia effettivamente dotato della competenza idonea alla negoziazione sul mercato. Vieppiù, essendo stata sollevata un'ulteriore critica alla Consulta, secondo la quale occorre ben distinguere sul piano concreto tra la generica competenza a contrattare e il concreto potere di farlo.⁸⁶

⁸³ A. GENOVESE, *op. ult. cit.*, 28 s.; P. BONOFILIO, *op. cit.*, 181 s.

⁸⁴ A proposito dell'impiego del principio di ragionevolezza nella giustizia contrattuale, v. ancora G. PERLINGIERI, *op. cit.*, 56 ss.

⁸⁵ Corte Cost., 22 novembre 2002, n. 469, *cit.*, con nota di A. PALMIERI, *Consumatori, clausole abusive e imperativo di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 967 ss., con nota di P. VIOLANTE, *L'interpretazione conforme nella nozione di consumatore*.

⁸⁶ P. GALLO, *Meritevolezza dell'interesse e controllo contenutistico del contratto*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni: Scritti in onore di Giovanni Furguele*, III, Mantova, 2017, 68.

Delineati in tal modo gli elementi di crisi formale della disciplina delle condizioni generali di contratto che hanno spinto verso la creazione di una forma di tutela sostanziale, occorre, giunti a questo punto, dar conto delle origini, degli sviluppi, dei principi ispiratori che hanno portato all'attuazione, nei diversi ordinamenti nazionali, delle disposizioni contenute nella Dir. 93/13/CEE.

Come già più volte rammentato nel corso di tale trattazione preliminare al problema che ci si è posti di affrontare, l'ordinamento giuridico italiano, attraverso l'introduzione nel codice del '42 della disciplina relativa al contratto *standard* ed ai relativi oneri di forma, ha conseguito in tal senso un primato rispetto agli altri legislatori dei Paesi europei. Tale risultato ha consentito alla normativa in esame di assurgere a modello paradigmatico di riferimento, consentendo riflessioni critiche volte ad evidenziarne non solo i punti di forza, ma anche i limiti.

La tutela approntata dal legislatore del '42 con il Codice civile presenta i crismi di una protezione di stampo formale nei confronti del contraente aderente, in ciò ponendosi in una linea di assoluta discontinuità rispetto alle forme di tutela approntate nei periodi successivi, le quali, in via di superamento della prospettiva individualistica, operano un controllo sull'atto, di natura sostanziale. Infatti, il legislatore italiano, trincerandosi dietro il primato raggiunto con l'innovativa forma di tutela formale del contraente aderente a fronte del contratto unilateralmente predisposto e contenente condizioni generali di contratto onerose, ne ha per così dire impedito l'evoluzione verso forme di protezione di natura sostanziale.⁸⁷ Come ampiamente sopra argomentato, se da una parte la disciplina delle condizioni generali di contratto forniva al legislatore italiano un primato indiscusso nell'introduzione di tale forma di tutela relativa alla contrattazione *standard*, dall'altra tale forma di tutela meramente procedimentale – proprio in ragione del carattere formale del suo contenuto – conduceva al rischio di agevolare in concreto il contraente predisponente, stante la possibilità per quest'ultimo di ottenere il consenso dell'aderente anche con riguardo a condizioni generali di contratto non negoziate ed aventi il carattere dell'onerosità, soprattutto laddove l'aderente non potesse giovare di adeguate conoscenze che lo conducessero ad esprimere una volontà negoziale pienamente libera e consapevole.

⁸⁷ Così V. RIZZO, *Le clausole «abusiva»: realtà e prospettive. La direttiva CEE del 5 aprile 1993*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 1993, 583.

A fronte di questo quadro normativo, che certamente rappresentava un *quid novi* nel panorama delle legislazioni nazionali europee, cominciò ad affermarsi in letteratura, a partire dagli anni '70, un'impostazione favorevole all'introduzione di strumenti e forme di tutela di matrice sostanziale attraverso l'utilizzo di taluni principi costituzionali e di clausole generali che da sempre popolano il diritto civile dei contratti, quali i canoni della buona fede e dell'*aequitas*. Si auspicavano, altresì, forme di controllo collettive sulle condizioni generali di contratto. Fu proprio questo il contesto normativo in cui trovò terreno fertile la formulazione della direttiva recante la disciplina sulle clausole abusive inserite nel contratto stipulato tra professionista e consumatore.

7. Introduzione alla Direttiva 93/13/CEE.

La Dir. 93/13/CEE rappresenta il prodotto di lunghi anni di confronto e di lavoro. Infatti, tale direttiva è solo il risultato finale di un lungo percorso evolutivo che ha preso le mosse dalla Carta dei diritti dei consumatori – approvata dall'assemblea consultiva del Consiglio d'Europa con la risoluzione n. 543 del 1973 – a cui è seguita la risoluzione sulle clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori – adottata dal Consiglio d'Europa il 16 novembre 1976. Il 14 aprile 1975, il Consiglio CEE aveva proposto, nel contesto del programma comunitario per la tutela del consumatore, l'adozione di misure funzionali alla protezione del consumatore contro gli abusi perpetrati dal professionista, mediante la formazione di contratti tipo predisposti unilateralmente o l'esclusione dal contenuto del contratto di diritti essenziali⁸⁸.

Risale all'agosto del 1976 il primo progetto preliminare di quella che sarebbe poi diventata la Dir. 93/13/CEE, il quale fu assoggettato alla disamina da parte di vari esperti nazionali e su di esso il Comitato consultivo dei consumatori espresse un parere. A seguito dell'approvazione da parte del Parlamento europeo del secondo programma comunitario per la tutela del consumatore nel maggio del 1971, la Comunità Europea, dopo un periodo di stasi parallelo al proliferare nei vari Paesi europei di leggi in tema di

⁸⁸ Per una interessante analisi della direttiva citata, soprattutto in relazione alla trasparenza, si vedano i rilievi contenuti nel par. 2 di G. COLANGELO, *Interessi moratori. Divergenze tra ABF e Corte Ue, Corte costituzionale e Cassazione*, in *I Contratti*, 2015, III, 260.

condizioni generali di contratto (si pensi all'adozione in Germania dell '*AGB – Gesetz* il 9 dicembre 1976), continuò nell'elaborazione di questa nuova normativa, quando nel 1984 venne presentato dalla commissione CEE un documento di riflessione, che trova la sua formulazione in una comunicazione della Commissione al Consiglio del 14 febbraio 1984. Tale documento fotografava il panorama dei diversi scenari legislativi nazionali ed europei. Nel 1985 e nel 1986, la Commissione Giuridica e la Commissione Consumatori formularono dei pareri su tale documento. Dopo il susseguirsi di differenti progetti preliminari di direttiva tra il 1987 ed il 1990, il testo finale fu definitivamente approvato dalla Commissione il 24 luglio 1990. La proposta venne riformulata a seguito dei pareri espressi dal Comitato Economico e Sociale e dal Parlamento europeo. All'approvazione del testo definitivo della direttiva con una sostanziale riduzione della sua portata rispetto alla proposta modificata dalla Commissione, si giunse il 5 aprile 1993. Delineato per sommi capi l'*iter* che ha condotto alla formazione della direttiva in esame, occorre fare un cenno al momento attuativo di tale atto europeo. In particolare, con l'art. 25 del 6 febbraio 1996 n. 52 il legislatore nazionale ha dato attuazione alla direttiva nell'ordinamento italiano. Intervenuta ben oltre la scadenza del termine per darne attuazione, il legislatore italiano poteva fare affidamento su due modelli di recepimento: egli poteva, in alternativa, dar vita ad una *lex specialis*⁸⁹ o procedere ad una novella del Codice civile⁹⁰. Sulla base della considerazione per cui la nuova normativa avrebbe condotto all'introduzione di principi generali astrattamente applicabili ad una molteplicità indeterminata – e non aprioristicamente individuabile – di rapporti giuridici, il legislatore del '96 ritenne di escludere la strada della legislazione speciale e decise di introdurre tali principi innovatori nella disciplina generale del contratto. Per tal via si giunse alla creazione del Capo XIV - bis, costituito da cinque disposizioni e recante la disciplina << *Dei contratti del consumatore* >>. Il legislatore italiano, nell'opera di attuazione della Direttiva in esame, ne ha recepito fedelmente le disposizioni, comprese le formulazioni che si rivelarono il risultato di un'erronea traduzione dei testi in lingua francese ed

⁸⁹ Tale modalità era quella individuata nella Proposta di legge Peraboni ed altri, «Norme per la tutela del consumatore nei rapporti contrattuali», presentata alla Camera dei deputati il 2 maggio 1994 e nella successiva Proposta di legge Perlingieri ed altri, «Disciplina delle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori», comunicata alla Presidenza del Senato l'8 febbraio 1995.

⁹⁰ Tale era la via prescelta dalla Proposta Alpa - Bianca ed altri, presentata tramite il ministro Contri al Presidente del Consiglio dei ministri Ciampi e ripresa dalla Proposta di Legge Berlusconi - Comino, presentata alla Camera dei deputati il 16 gennaio 1995, con uno spostamento della normativa dalle condizioni generali di contratto ai rapporti d'impresa.

inglese. In sede di recepimento della Direttiva, il legislatore italiano optò per la locuzione di clausole vessatorie – anziché di clausole abusive – sulla base di diverse argomentazioni. Sotto un profilo di carattere sistematico, si trattava di una qualificazione già fatta propria dalla letteratura relativa all'elencazione tassativa di cui all'art. 1341 comma 2 cod. civ., contenente le condizioni generali di contratto tipicamente vessatorie e onerose per l'aderente, e per le quali il legislatore ha previsto un meccanismo di controllo di carattere meramente formale fondato sull'onere della doppia sottoscrizione.⁹¹ In secondo luogo, l'attribuzione a tali clausole della qualificazione di abusive avrebbe rievocato concetti e comportamenti di rilevanza penale. Non è mancato chi in letteratura ha evidenziato l'opportunità di utilizzare uno schema concettuale diverso dalla nozione di vessatorietà, proprio al fine di evidenziare la distinzione tra nuova disciplina di matrice comunitaria e quella contenuta negli artt. 1341 e 1342 Cod. civ.⁹²

Con specifico riguardo agli obiettivi perseguiti dalla direttiva in esame, essa ha come finalità quella di armonizzazione minima, volta a creare un livello *standard* minimo di tutela per il consumatore – al fine di uniformare le singole legislazioni nazionali – derogabile *in melius* dal singolo ordinamento interno, al fine di innalzare il vincolo di tutela in favore del consumatore. Pertanto, tale direttiva mira a creare un livello minimo di tutela per il consumatore, contro le clausole vessatorie che non abbiano formato oggetto di specifica trattativa individuale nel contratto perfezionato tra professionista e consumatore. La ratio evocata dalle disposizioni in essa contenute è ispirata alla protezione del consumatore, quale parte strutturalmente debole del rapporto con il professionista. Oltre a ciò, tale direttiva si pone come obiettivo da perseguire quello di favorire la creazione e lo sviluppo di un mercato interno, servendosi proprio dello strumento dell'armonizzazione minima e delle logiche ad essa sottese. Tali obiettivi espressamente perseguiti dalla direttiva in esame, poggiano sul presupposto per cui il

⁹¹ Invero, la qualificazione «vessatorie» delle clausole indicate dall'art. 1341, comma 2 c. c., non si ritrova nella norma, ma è stata coniata dalla giurisprudenza. In dottrina, invece, molteplice è la varietà delle qualificazioni proposte: si parla sovente di clausole «onerose» per porre l'accento sul loro carattere gravoso per l'aderente, di clausole «pericolose», di clausole «inique», con specifico riferimento al loro contenuto, l'aggettivo «vessatorio» si è tuttavia affermato come prevalente, in considerazione del fatto che esso riesce meglio degli altri a esprimere «l'idea di una sproporzione tra le parti contraenti che ha origine nell'attività di predisposizione unilaterale, pur senza esaurire in tale dato il suo significato» (così L. FRANCIOSI, *Clausole vessatorie*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. VI, 3).

⁹² In senso contrario v. D. TAVOLARO, *Contratti di massa, tutela del contraente debole e clausole «abusive»: aspetti problematici relativi all'attuazione della direttiva 93/13/CEE*, in *Documenti giustizia*, 1996, 1333.

consumatore sia collocato in una posizione di inferiorità – quasi di soggezione – rispetto al professionista, e ciò sia con riguardo il potere di trattativa circa le singole clausole sia con riferimento all'asimmetria informativa che connota tale rapporto.⁹³ Come si vedrà nel proseguo della trattazione, attraverso il carattere non vincolante delle clausole abusive inserite nel contratto stipulato tra professionista e consumatore, la direttiva mira alla creazione di un equilibrio reale tra le parti, eliminando quello squilibrio economico giuridico derivante dall'inserimento nel regolamento contrattuale di clausole abusive.⁹⁴ Con riguardo all'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione della direttiva in esame, ai sensi dell'art. 1, essa trova applicazione con esclusivo riguardo ai regolamenti contrattuali conclusi tra un professionista ed un consumatore, rispettivamente definiti all'art. 2 lett. c) e b) Dir. 93/13/CEE. Con riferimento ai criteri enucleati dalla giurisprudenza comunitaria al fine di creare un *discrimen* tra professionista e consumatore, la Corte di Giustizia ha ripetutamente sottolineato come le nozioni di professionista e di consumatore si connotino per il requisito della funzionalità: più precisamente, esse dipendono dal ruolo svolto dal singolo contraente nell'accordo in questione. La Corte ha anche chiarito che, stante gli obiettivi e le ratio che connotano la presente direttiva, il concetto di professionista di cui all'art. 2, lett. c) deve essere inteso in senso ampio: pertanto una persona fisica o giuridica dovrà essere considerata

⁹³ A tal riguardo, la Corte ha ripetutamente definito la protezione fornita dalla direttiva come una questione di «interesse pubblico». Come espresso all'articolo 114 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) base giuridica della direttiva, nonché all'articolo 169 del TFUE e all'articolo 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, la direttiva offre un elevato livello di protezione dei consumatori. In tal senso cfr. Causa C-243/08, *Pannon GSM*, punto 31; causa C-168/05, *Mostaza Claro*, punto 3; causa C-26/13, *Kásler e Káslerné Rábai*, punto 78.

⁹⁴ Secondo la giurisprudenza costante della Corte il sistema di protezione introdotto dalla direttiva 93/13/CEE si basa su: l'idea [...] che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere di trattativa sia il livello di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista, senza poter incidere sul contenuto delle stesse [...]. La direttiva mira quindi ad occuparsi delle situazioni di disuguaglianza delle parti in relazione alle clausole contrattuali, che può essere dovuta a una asimmetria dell'informazione e delle competenze tecniche o del potere di trattativa in relazione alle clausole contrattuali. In particolare, attraverso il carattere non vincolante delle clausole abusive nei contratti di cui all'articolo 6, paragrafo 1, la direttiva mira a creare un *equilibrio reale* tra le parti del contratto, eliminando lo squilibrio creato dalle clausole abusive nei contratti, al fine di compensare la posizione di inferiorità dei consumatori. Inoltre, la direttiva mira a dissuadere i professionisti dall'utilizzare clausole abusive in futuro. La Commissione ricorda che, nella sua relazione del 2000 sull'applicazione della direttiva, ha evidenziato gli effetti dannosi dell'utilizzo delle clausole abusive nei contratti per l'ordine giuridico ed economico dell'UE nel suo insieme e ha sottolineato l'importanza della direttiva al di là della protezione dei singoli consumatori direttamente interessati da clausole abusive nei contratti. In particolare, v. causa C-147/16, *Karel de Grote*, punto 54. Alla fine di tale punto, la Corte fa riferimento alla causa C-488/11, *Asbeek Brusse*, punto 31, e alla causa C-110/14, *Costea*, punto 18, della giurisprudenza ivi citata. Affermazioni simili si ritrovano in molte altre sentenze, ad esempio nella causa C-169/14, *Sánchez Morcillo*, punto 22.

professionista ai fini applicativi della direttiva ogni qualvolta sia parte di un contratto che si riferisca in qualche modo all'attività professionale svolta, quantunque quest'ultima persegua un interesse generale o sia connotata da rilievi di natura pubblicistica.⁹⁵ Sul grado di riferibilità del contratto all'attività del contraente, la Corte di Giustizia si è espressa nel senso di ritenere che è sufficiente che esso si riferisca ad una attività di tipo accessorio⁹⁶ svolta dal contraente professionista, non necessitandosi che l'accordo si ponga in stretto legame con un'attività svolta in via principale dal soggetto forte del rapporto. In conclusione, l'interprete è chiamato ad operare una valutazione case by case al fine di accertare se con riferimento ad una specifica operazione negoziale un soggetto sia da qualificarsi come professionista o come consumatore, tenuto conto di alcuni parametri quali la natura ed il fine del contratto alla luce della ratio della direttiva che si pone quale precipuo obiettivo quello di dare una forma sostanziale di tutela nei confronti del consumatore, avvinto da una debolezza strutturale ed informativa che connota il rapporto contrattuale con il professionista.

Quanto all'ambito di applicazione oggettivo della presente direttiva, essa trova applicazione con riferimento ai contratti conclusi tra un professionista ed un consumatore, con particolare riferimento a quelli riguardanti l'acquisto di beni o la fornitura di servizi, con estesa applicazione a tutti i settori dell'attività economica.⁹⁷ E' opportuno in tal senso sottolineare come, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia, tali disposizioni non richiedano che sia presente quale elemento tipo del contratto la corresponsione di un corrispettivo in denaro a fronte della dazione di un bene o della fornitura di un servizio. Tali qualificazioni preliminari hanno dei riflessi anche con riferimento al fenomeno del collegamento negoziale: infatti, nel caso in cui un contratto accessorio venga a perfezionarsi tra due contraenti qualificabili rispettivamente come professionista e consumatore, esso sottostà alle regole poste dalla direttiva comunitaria in

⁹⁵ Pertanto, qualsiasi persona fisica o giuridica è da considerarsi un professionista quando il contratto si riferisce alla sua attività professionale, incluso il caso in cui l'attività sia di carattere pubblico o di interesse generale o abbia uno status di diritto pubblico. Le organizzazioni o gli organismi che perseguono una missione di interesse pubblico ovvero obiettivi caritatevoli o etici saranno considerati professionisti in relazione ai contratti sulla vendita di prodotti o servizi di qualunque tipo ai consumatori. A tal riguardo, è irrilevante che un'attività venga svolta «senza scopo di lucro». Cfr. causa C-147/16, *Karel de Grote*, punto 48, che fa riferimento alla causa C-488/11, *Asbeek Brusse*, punto 28; Causa C-147/16, *Karel de Grote*, punti da 49 a 51.; Causa C-59/12, *Zentrale zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs*, punto 32.; Causa C-147/16, *Karel de Grote*, punto 51.

⁹⁶ Causa C-590/17, *Pouvin Dijoux*.; Causa C-147/16, *Karel de Grote*.

⁹⁷ Causa C-290/16, *Air Berlin*, punto 44.

questione, quantunque il rapporto principale non veda coinvolti un soggetto professionista ed uno consumatore, e che quindi sia esorbitante rispetto alle regole comunitarie.⁹⁸

8. La disciplina generale della direttiva: estensioni ermeneutiche ed obiettivi posti dal legislatore comunitario.

Limitando in questa sede l'indagine all'inquadramento generale della disciplina posta dal legislatore comunitario, dalla lettura del combinato disposto degli artt. 2 lett a) e 3, comma 1 della direttiva, si mette in luce che possono formare oggetto dell'applicazione della normativa sulle clausole abusive le sole clausole contrattuali che non siano state oggetto di una specifica trattativa tra le parti.⁹⁹ Ciò che *ictu oculi* emerge da una sommaria lettura delle disposizioni contenute nella direttiva è la totale estraneità alla stessa di ogni sorta di requisito formale delle clausole negoziali: infatti, come ripetutamente affermato dalla Corte di Giustizia, non rilevano ai fini applicativi della disciplina in esame la forma

⁹⁸ La direttiva non richiede che il consumatore fornisca un corrispettivo in denaro per un bene o servizio. La Corte non ha ritenuto necessario che vi sia un corrispettivo in denaro. Ha sostenuto, ad esempio, che i privati che forniscono una fideiussione per un contratto di prestito stipulato da un altro soggetto possono essere protetti dalla direttiva anche laddove il contratto di fideiussione non preveda un corrispettivo in denaro per uno specifico servizio. Pertanto, anche i contratti tra i consumatori e i fornitori di servizi di social media devono essere considerati oggetto della direttiva, indipendentemente dal fatto che i consumatori debbano pagare determinati importi o dal fatto che il corrispettivo per i servizi consista nei contenuti generati dai consumatori e nella loro profilazione: cfr. Tale aspetto è confermato dalla posizione comune assunta dalle autorità nazionali nell'ambito della rete di autorità pubbliche di vigilanza creata con il regolamento 2006/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 ottobre 2004, sulla cooperazione tra le autorità nazionali responsabili dell'esecuzione della normativa che tutela i consumatori («regolamento sulla cooperazione per la tutela dei consumatori») (GU L 364 del 9.12.2004, pag. 1) sulla tutela dei consumatori sui social network, disponibile all'indirizzo http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-631_it.htm (novembre 2016). Cfr. anche il concetto di remunerazione di cui al considerando 16 della direttiva (UE) 2018/1972 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, che istituisce il codice europeo delle comunicazioni elettroniche (GU L 321 del 17.12.2018, pag. 36).

⁹⁹ E. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive*, 90 s., secondo cui si tratta di un particolare modello di contrattazione per adesione che trova applicazione tutte le volte in cui un contratto od una singola clausola siano stati predisposti unilateralmente da una parte ed accettati dall'altra senza che l'aderente abbia avuto la possibilità di svolgere delle trattative negoziali: ciò anche quando non si tratti di un contratto standard stipulato sulla base di condizioni generali di contratto di cui all'art 1341 c.c. Sul punto, si veda anche A. ORESTANO, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria*, 476 ss.

rivestita dalle singole clausole, la modalità con cui si è giunti alla stipulazione del contratto o financo la collocazione topografica delle stesse nel documento contrattuale. Ciò che realmente rileva è che tali clausole incidano sul fascio di diritti e di obblighi nascenti dal contratto – generando uno squilibrio di natura sostanziale tra il consumatore ed il professionista –, e che su tali clausole non si sia svolta alcuna forma di trattativa, la quale avrebbe come effetto quello di sottrarre la clausola al c.d. giudizio di vessatorietà.¹⁰⁰ Viene quindi legittimo interrogarsi sul soggetto legittimato a condurre la verifica circa l'esistenza di una specifica trattativa sulla singola clausola: tale indagine dovrà essere svolta dal giudice competente nazionale, servendosi dei criteri enucleati dall'art. 3 Dir. 93/13/CEE. Ovviamente, sempre in applicazione del criterio di armonizzazione minima che permea l'intera direttiva in esame, il singolo legislatore nazionale, in una logica di maggior tutela per il consumatore, estenda tale tutela anche alle clausole che siano state rese oggetto di trattativa individuale.

Proseguendo nel delineare i limiti applicativi della direttiva sulle clausole abusive nel contratto del consumatore, viene in rilievo l'art. 1 par. 2 Dir. 93/13/CEE, in forza del quale « *le clausole contrattuali che riproducono disposizioni legislative o regolamentari imperative e disposizioni o principi di convenzioni internazionali delle quali gli Stati membri sono parte, non sono soggette alle disposizioni della presente direttiva* ». La Corte di Giustizia ha chiarito il significato da attribuire, ai fini applicativi della direttiva, al concetto di disposizione imperativa¹⁰¹, per tale intendendosi le disposizioni che si applicano al contratto indipendentemente dalla volontà dei soggetti contraenti, nonché quelle che presentino un carattere suppletivo, trovando applicazione solamente in assenza di una diversa volontà delle parti. La disciplina posta dal legislatore europeo in materia di clausole abusive può cumularsi con altre disposizioni dell'Unione europea, quali ad esempio le norme orizzontali sull'informazione precontrattuale e sul diritto di recesso di cui alla Direttiva 2011/83/UE,¹⁰² o norme relative a particolari tipi di contratti, come ad esempio, la Direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, la

¹⁰⁰ Sul concetto di negoziato v. Causa C-452/18, *Ibercaja Banco*.

¹⁰¹ In tal senso v. Cause C-266/18, *Aqua Med*, punto 33, C-446/17, *Woonhaven Antwerpen*, punto 25, C-186/16, *Andriciuc*, punto 29; C-280/13, *Barclays Bank*, punti 31 e 42; C-34/13, *Kušionová*, punto 77; e C-92/11, *RWE Vertrieb*, punto 26.

¹⁰² Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (GU L 304 del 22.11.2011, pag. 64).

Direttiva 2008/122/CE sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio: in siffatta ipotesi occorrerà interpretare la direttiva di guisa da garantire l'effetto utile della stessa e di una disposizione che si ponga potenzialmente in conflitto con la prima.

Accennando ai profili aventi rilevanza per il diritto costituzionale italiano, occorre soffermarsi, in tale presentazione dei caratteri essenziali della direttiva, nel rapporto tra quest'ultima ed il diritto nazionale, sotto la lente di ingrandimento della c.d. armonizzazione minima. La norma che è rappresentazione icastica del fenomeno dell'armonizzazione minima nel contesto delle clausole abusive nel contratto del consumatore è l'art. 8 della direttiva, in forza del quale il singolo stato membro può derogare *in melius* le disposizioni di tutela poste dalla direttiva, fornendo una tutela più stringente in favore del contraente strutturalmente più debole, *réctius* il consumatore.¹⁰³ In particolare, ai sensi dell'art. 8 bis della direttiva in esame, il singolo stato membro ha l'onere di notificare alla Commissione le norme nazionali che fissano una forma di tutela più forte per il consumatore o che estendono l'ambito di applicazione delle norme nazionali di recepimento della direttiva, derogando *in melius* la disciplina posta dal legislatore comunitario. Talvolta può accadere infatti che il singolo ordinamento nazionale applichi le norme interne di recepimento della direttiva sulle clausole abusive anche con riferimento a singole clausole contrattuali che siano state oggetto di trattativa individuale tra i contraenti. Oppure, può accadere che il legislatore nazionale, come ad esempio quello tedesco, crei *de plano* un'equivalenza giuridica tra il difetto di trasparenza della clausola negoziale unilateralmente posta del professionista ed il giudizio di vessatorietà: nella creazione di tale automatismo, per cui ad un accertamento del difetto dei requisiti di chiarezza ed intelligibilità del contenuto della clausola segue l'immediata declaratoria di vessatorietà e di invalidità della stessa, rappresenta una forma di tutela più stringente per il singolo consumatore, in quanto sottrae dall'ambito di indagine dell'interprete il giudizio di incidenza del difetto di trasparenza sul contenuto del contratto, al fine di verificare se ne derivi un significativo squilibrio dei diritti e degli

¹⁰³ Nel punto 61 della causa C-143/13, *Matei e Matei*, la Corte ha confermato che una «lista nera» delle clausole da considerarsi abusive costituisce una delle misure più severe che gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla direttiva, per garantire il massimo livello di protezione per il consumatore compatibile con il diritto dell'Unione.

obblighi da esso nascenti. Oltre a ciò, la Corte di Giustizia ha chiarito che la giurisprudenza dei massimi organi giurisdizionali dell'ordinamento interno non è inquadrabile nel concetto di disposizioni nazionali più severe, con ciò creando una discontinuità con il concetto di "law" elaborato dalla Corte edu, la quale oltre a riferirsi alla legge in senso formale, contempla anche la giurisprudenza sovranazionale.¹⁰⁴ La disciplina contenuta negli artt. 3, 4 e 5 Dir. 93/13/CEE, sarà oggetto specifico del secondo approfondimento dedicato all'analisi del giudizio di vessatorietà ed all'individuazione degli elementi costitutivi della trasparenza in materia di clausole abusive che accedono al contratto del consumatore, al fine di individuarne i tratti differenziali rispetto alla sopra richiamata disciplina del codice civile relativa al contratto predisposto. È opportuno pur tuttavia evidenziare in questa sede che il *quid novi* della disciplina posta dal legislatore comunitario è rappresentato proprio dalla nozione di clausola vessatoria. Secondo la normativa in esame, ai sensi degli artt. 3 ss. Dir. 93/13/CEE, sono vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinino, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. Con riferimento all'inciso << *malgrado la buona fede* >>, esso ha creato notevoli problematiche di natura ermeneutica: infatti, pur avendo il legislatore italiano eliminato il riferimento al termine "requisito", non si è provveduto a sostituire il termine *malgrado* con altre locuzioni, ad esempio in contrasto, incompatibilmente con, che riecheggiano le traduzioni degli ordinamenti francese ed inglese.¹⁰⁵ Proprio nell'ordinamento italiano, e specificatamente nel codice civile è diffuso l'utilizzo del canone della buona fede, talvolta secondo un'accezione oggettiva, talaltra secondo una connotazione di tipo soggettivo: con riferimento a quest'ultima infatti, si tratta di una concezione psicologica della buona fede che si riferisce all'ignoranza di ledere l'altrui diritto o alla credenza incolpevole in una situazione di apparenza giuridica. Considerata nella sua accezione oggettiva, invece, la buona fede implica un paradigma comportamentale ispirato ai canoni di lealtà e di correttezza. La buona fede nella sua dimensione oggettiva assurge ad uno dei capisaldi della disciplina del contratto, sia con riferimento alla fase delle trattative pre-negoziali,

¹⁰⁴ Cause riunite C-96/16 e C-94/17, *Banco Santander Escobedo Cortés*, punto 69; Cause riunite C-96/16 e C-94/17, *Banco Santander Escobedo Cortés*, punti da 62 a 71; causa C-118/17, *Dunai*, punti da 60 a 64.

¹⁰⁵ Cfr. V. RIZZO, in E. CÉSARO, *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (art. 1469 - bis. ss. c.c.)*, Padova, 19982, p. 30 s. Nel corso dell'iter parlamentare non erano mancate proposte in tal senso: la proposta Alpa - Bianca faceva riferimento a clausole «contrarie a buona fede» (art. 1341 - *bis*); la proposta Peraboni e altri si riferiva a clausole che «incompatibilmente con l'obbligo della buona fede...» (art. 3).

sia per quanto concerne alla fase di esecuzione del rapporto, passando per il dovere di correttezza sancito dall'art. 1358 cod. civ. con riferimento alla pendenza della condizione sospensiva. Intesa secondo la dimensione oggettiva, dunque, la buona fede, quale principio di ordine pubblico, prevale sulle singole disposizioni poste dall'autonomia negoziale delle parti, potendo consentire alle parti di adottare un comportamento difforme da quanto stabilito nel regolamento contrattuale.¹⁰⁶ I dubbi prospettati con riferimento al significato da attribuire alla locuzione "malgrado la buona fede" contenuta nel testo italiano della direttiva, inizialmente erano stati sciolti nel senso di condurre ad un'interpretazione oggettiva¹⁰⁷ del concetto di buona fede, essi si sono riproposti con riferimento alla normativa di attuazione della legislazione europea, questa volta determinando una propensione verso il significato soggettivo del canone della buona fede. In favore di tale interpretazione¹⁰⁸ deponeva una relazione alla proposta di legge, dal cui contenuto emergeva che nel giudizio di vessatorietà delle clausole contenute nel contratto del consumatore risulta esclusa la rilevanza dello *status* psichico e soggettivo del professionista al momento della predisposizione, intendendosi concentrare l'esame dell'operatore del diritto solo sul profilo contenutistico. Alla luce delle considerazioni sopra svolte, la buona fede non integra più un autonomo criterio di valutazione della vessatorietà della clausola o un parametro per valutare l'esistenza di un significativo squilibrio, quanto piuttosto essa si riferisce ad una regola operante sul piano dell'*onus probandi*, determinando in favore del consumatore l'esonero dall'onere di provare la mala fede del contraente professionista e disponendo che la clausola possa considerarsi vessatoria anche in presenza della buona fede soggettiva del predisponente.¹⁰⁹

Chiarita l'evoluzione del concetto di buona fede nel contesto della Dir. 93/13/CEE, occorre concludere con una riflessione sul suo collegamento con il significativo squilibrio dei diritti ed obblighi così come previsto dalla disciplina come parametro di valutazione della vessatorietà della singola clausola. E' utile fin d'ora, in via preliminare, chiarire che lo squilibrio significativo di cui alla normativa in esame assuma una connotazione di

¹⁰⁶ V. C. M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 206 ss.;

¹⁰⁷ Cfr. ad es., L. BIGLIAZZI-GERI, *Condizioni generali di contratto e buona fede*, in *Clausole abusive e direttiva comunitaria, Atti del convegno di Napoli del 28 maggio 1993* curato da E. Cesaro, Napoli, 1994, 31 s.; U. SALVESTRONI, *Principi o clausole generali, clausole «abusive» o «vessatorie» e diritto comunitario*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, 15 s.

¹⁰⁸ V. G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, 67.

¹⁰⁹ Così, V. RIZZO, *op. ult. cit.*, 31;

carattere normativo, e non invece economico, tenuto conto soprattutto della disposizione che esclude che il giudizio di vessatorietà possa trovare il suo fondamento né sulla definizione dell'oggetto principale del contratto, né sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile. Detto altrimenti, ai fini di un esito positivo del giudizio di vessatorietà a rilevare non è la sproporzione economica delle prestazioni gravanti sulle singole parti del rapporto, bensì la predisposizione di un regolamento pattizio che si risolva in un danno per il consumatore. Sono diverse le ipotesi che si sono fatte seguito in dottrina. Secondo una prima impostazione¹¹⁰, il criterio della buona fede e quello del significativo squilibrio parrebbero essere intrinsecamente legati, di modo tale che il consumatore, ai fini della pronuncia di una declaratoria di abusività della clausola, sarebbe tenuto a provare sia il requisito della contrarietà ai canoni di lealtà e correttezza, sia il prodursi di un contenuto normativo squilibrato in seno al regolamento contrattuale unilateralmente posto. Individuando in tale lettura della disciplina un'accentuazione dell'onere probatorio a carico del consumatore che rende più gravosi i presupposti applicativi per la declaratoria di abusività, un secondo orientamento¹¹¹ affermatosi in letteratura ha ritenuto opportuno dare ai due presupposti applicativi un significato alternativo, tale per cui il consumatore potrà ottenere una declaratoria di abusività della singola clausola sia nel caso in cui essa abbia come effetto la produzione di un significativo squilibrio di carattere normativo, sia nell'ipotesi in cui tale condizione si ponga in contrasto con il dovere generale di lealtà e correttezza. Infine, un terzo filone interpretativo¹¹² affermatosi in dottrina, ha ritenuto che il concetto di significativo squilibrio altro non sarebbe che una forma di concretizzazione contenutistica della buona fede, in modo tale che i due concetti non si pongono in un rapporto di alternatività, bensì di complementarietà. La buona fede, intesa pur sempre in senso oggettivo, assurgerebbe a paradigma legale della significatività dello squilibrio normativo.

Quanto alla fisionomia di quest'ultimo elemento costitutivo del giudizio di vessatorietà, giova fin d'ora sottolineare che il suo carattere normativo postula l'esistenza di una

¹¹⁰ In tal senso G. DE NOVA, *Criteri generali di determinazione dell'abusività di clausole ed elenco di clausole abusive*, in *Trim.*, 1994, 693 s.;

¹¹¹ Tale era il significato che alla clausola generale veniva attribuito nella proposta Alpa - Bianca, all'art. 1341 - bis;

¹¹² Così, V. RIZZO, *op. ult. cit.*, 47-48;

disparità tra il fascio di diritti ed obblighi a carico del consumatore. Tale forma di squilibrio può trovare la sua ragion d'essere oggettiva nella presenza di ordini di fattori: esso infatti, da un lato, può originare da una forma di asimmetria informativa che finisce per gravare a carico del consumatore; in altre ipotesi, invece, lo squilibrio normativo può derivare da una forma di distorsione del mercato concorrenziale che opera direttamente a vantaggio del contraente professionista.

Riservando al secondo capitolo della presente trattazione l'analisi della struttura del giudizio di vessatorietà e della natura giuridica del controllo previsto dalla Dir. 93/13/CEE – al fine di individuarne il *quid proprium* rispetto al meccanismo di controllo formale previsto in materia di condizioni generali di contratto ex art. 1341 cod. civ. – occorre accennare agli effetti derivanti dalla declaratoria di abusività ai sensi della disciplina posta dal legislatore comunitario. Trovandosi il consumatore in una posizione contrattuale contrassegnata da una forma di asimmetria strutturale che connota l'intero rapporto contrattuale sia dal punto di vista informativo sia da quello relativo al potere di negoziazione, l'art. 6 della direttiva statuisce il carattere non vincolante della clausola dichiarata abusiva. Nell'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia, tale disposizione integra una c.d. norma imperativa di cui il legislatore europeo si serve al fine di creare un equilibrio reale tra le parti.¹¹³ Più nello specifico, si tratta di una norma che nella sostanza equivale alle norme dell'ordinamento interno poste a tutela dell'ordine pubblico in quanto, argomenta la Corte, la tutela del consumatore a fronte dell'inserimento nel contratto di clausole abusive integra una questione di interesse pubblico. Dal carattere imperativo della norma in questione deriva che il consumatore non può abdicare a siffatta forma di tutela né attraverso la stipulazione di un accordo, né in via unilaterale.¹¹⁴ In omaggio alla generale applicazione del principio di armonizzazione minima, la nozione di carattere non vincolante delle clausole abusive può essere differentemente declinata

¹¹³ Cause C-421/14, *Banco Primus*, punto 41; C-169/14, *Sánchez Morcillo e Abril García*, punto 23, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Gutiérrez Naranjo e altri*, punti 53 e 55. Causa C-488/11, *Asbeek Brusse*, punto 38 con riferimenti alla causa C-618/10, *Banco Español de Crédito*, punto 40, e alla causa C-472/11, *Banif Plus Bank*, punto 20.

¹¹⁴ La Corte ha tuttavia chiarito che, nei procedimenti giurisdizionali, dopo essere stati informati riguardo il carattere abusivo di una clausola contrattuale, i consumatori possono decidere di non avvalersi di tale protezione. Nella causa C-452/18, *Ibercaja* (pendente al 31 maggio 2019) la Corte è chiamata a considerare le clausole contrattuali contenute in un accordo di novazione secondo cui un consumatore avrebbe rinunciato al diritto di avanzare richieste di restituzione sulla base di clausole contrattuali che potrebbero essere state abusive nell'ambito di una «conciliazione» riguardante le conseguenze di una clausola contrattuale abusiva, e potrebbe fornire ulteriori orientamenti su tale principio.

nei singoli ordinamenti giuridici nazionali, anche se, secondo le indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia, la tutela più auspicata sarebbe quella dell'invalidità, di talchè la clausola contrattuale dichiarata abusiva deve considerarsi come se non fosse mai esistita, operando tale declaratoria con efficacia *ex tunc*, senza poter produrre effetti nei confronti del consumatore. Mentre le clausole abusive non vincolano il consumatore, mantiene l'efficacia la rimanente struttura del contratto, a condizione che esso possa operare senza la clausola vessatoria. Al fine di perseguire un fine dissuasivo, è incompatibile con la norma in questione il potere del giudice di modificare il contenuto della clausola abusiva, in quanto ciò implicherebbe una parziale vincolatività delle clausole dichiarate abusive, consentendo in tal modo al professionista di trarre taluni benefici dell'utilizzo di tali clausole. In base alla medesima logica, è inammissibile la cancellazione parziale di una clausola contrattuale abusiva in quanto tale operazione, nel concreto, si risolve in una revisione contenutistica della singola clausola, incidendo sulla sua sostanza. Ciò, a meno che non si tratti di un'ipotesi in cui una clausola contenga al suo interno più disposizioni, le quali possono essere separate l'una dall'altra e, conseguentemente, nel caso di cancellazione di una delle clausole, l'altra mantiene la sua completa autonomia soddisfacendo il requisito della chiarezza e della comprensibilità. Proprio nel contesto della vessatorietà inerente le clausole contenute nei contratti bancari, la Corte di Giustizia ha individuato un caso di separazione di disposizioni contenute nella medesima clausola con riferimento alla condizione che fissa gli obblighi fondamentali in capo al consumatore ai fini del rimborso di un prestito in una determinata valuta, che spesso risulta collegata a quella che specifica il meccanismo di conversione valutaria.¹¹⁵ Quanto al tema strettamente legato alla quantificazione degli interessi relativi ad un contratto di mutuo ipotecario, la Corte ha specificato che costituiscono condizioni diverse racchiuse nella stessa clausola, quelle relative alla previsione ed alla quantificazione di interessi corrispettivi e moratori, stante la diversa funzione da essi svolta. Pertanto, ai fini della separazione delle disposizioni contenute nella singola clausola, occorre avere riguardo al contenuto delle singole clausole, in modo tale che la cancellazione parziale non sarà praticabile qualora l'eliminazione di una sola delle disposizioni inciderebbe sostanzialmente sulla ragion d'essere dell'altra.

¹¹⁵ Causa C-26/13, *Kásler e Káslerné Rábai* e causa C-186/16, *Andrić* in associazione con l'articolo 4, paragrafo 2. Causa C-472/11, *Invitel* e causa C-92/11, *RWE Vertrieb*.

Con riferimento al principio delineato dall'art 6, par. 1 Dir. 93/13/CEE, in caso di declaratoria di abusività, la parte rimanente del contratto continua a produrre effetto, a condizione che mantenga tale idoneità nonostante la caducazione di una sua parte che si rivela dunque non essenziale. Sul punto occorrerà porre in essere una valutazione di carattere squisitamente giuridico tenuto conto delle norme di diritto nazionale che troveranno applicazione.¹¹⁶ Più nello specifico, si tratta di un'analisi condotta *case by case* circa la possibilità di portare ad esecuzione il contratto senza la clausola contrattuale dichiarata abusiva. Ciò premesso, deve trattarsi dunque di un'analisi di tipo obiettivo, a nulla rilevando che il professionista non avrebbe stipulato il contratto senza la suddetta clausola. Secondo il criterio sopra elaborato, non potrà trovare esecuzione il contratto dal cui contenuto si provveda, a seguito di un giudizio di abusività, alla rimozione di una clausola che definisca l'oggetto principale del contratto o, ad esempio, fissi i criteri di liquidazione del corrispettivo o della remunerazione dovute dal consumatore. Tenuto conto della *ratio* sottesa alla disposizione di cui all'art. 6, funzionale al ripristino dell'equilibrio reale tra i contraenti mediante la rimozione delle clausole abusive del contratto, salvaguardando, per quanto è possibile la tenuta dell'accordo negoziale. Anche sotto tale profilo, tuttavia, potrebbe venire in rilievo con un ruolo decisivo l'armonizzazione minima, che consente al singolo legislatore nazionale di dichiarare la nullità dell'intero regolamento contrattuale qualora contenga al suo interno clausole abusive; ciò al dichiarato fine di adottare una tutela più stringente per il consumatore. Non si è mancato di sottolineare come la nullità dell'intero contratto potrebbe condurre a delle conseguenze fortemente onerose per il consumatore che, a fronte della caducazione dell'intero regolamento contrattuale, si troverebbe, ad esempio, a dover restituire immediatamente quanto ricevuto a titolo di credito al consumo, di fatto perdendo la possibilità di accedere ad un sistema rateale di restituzione. In casi eccezionali, seguendo le indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia, il giudice nazionale può sostituire la singola clausola abusiva con una norma nazionale di natura suppletiva al fine di evitare la caducazione dell'intero contratto che possa risultare eccessivamente oneroso per il contraente consumatore. Il giudice nazionale, prima di sostituire una clausola tacciata di

¹¹⁶ Nella causa C-618/10, *Banco Español de Crédito*, punto 65, e nella causa C-488/11, *Asbeek Brusse*, punto 57, la Corte di giustizia ha affermato che «[il] contratto in questione deve rimanere in essere, in linea di principio, senza alcun'altra modifica se non quella risultante dalla soppressione della clausola suddetta, purché, conformemente alle norme di diritto interno, una simile sopravvivenza del contratto sia giuridicamente possibile».

abusività con una disposizione suppletiva nazionale, ha l'obbligo di verificare se, secondo una valutazione di tipo oggettivo, l'eliminazione di una clausola abusiva determinerebbe la caducazione dell'intero regolamento contrattuale; dovrà anche verificare¹¹⁷ se dalla caducazione dell'intero contratto possano derivare conseguenze patrimoniali particolarmente onerose per il consumatore, avuto riferimento alle norme di diritto interno, financo di carattere puramente processuale. Nel valutare le conseguenze particolarmente gravose per il consumatore, il giudice nazionale dovrà tener conto degli interessi ad esso riferibili nel momento in cui la questione venga sollevata dinanzi al giudice nazionale.

Sempre dal carattere di non vincolatività delle c.d. clausole abusive inserite nel contratto del consumatore deriva che, con riferimento ai pagamenti posti in essere dal consumatore in esecuzione di una clausola abusiva, essi avranno un diritto al rimborso degli stessi. Tale effetto di natura restitutoria può trovare limitazione¹¹⁸ solo con riferimento alle norme processuali nazionali poste dal legislatore interno in tema di giudicato sostanziale e di decorso del tempo prescrizione, ispirate entrambe al principio della certezza dei traffici giuridici. Ciò posto, l'art. 6, comma 1 Dir. 93/13/CEE osta alla formazione di una giurisprudenza nazionale che fissi dei limiti di natura cronologica alla tutela restitutoria-ripristinatoria, accordandola solamente ai pagamenti che si collochino *ex post* rispetto alla dichiarazione di abusività. Infatti, al fine di garantire la generale ed uniforme applicazione del diritto comunitario, spetta unicamente alla Corte di Giustizia la decisione circa i termini di prescrizione che dovranno trovare applicazione con riferimento alla norma di diritto comunitario risultante dall'interpretazione datane da quest'ultima. Tale interpretazione si impone al giudice nazionale che dovrà farne applicazione anche con riguardo ai rapporti contrattuali che preesistono alla pronuncia, in quanto con essa la Corte chiarisce come deve essere interpretata una certa norma del diritto comunitario fin dal momento della sua genesi.

¹¹⁷ La Corte ha confermato i principi sanciti nella causa C-26/13, *Kásler e Káslerné Rábai*, punto 85, nelle cause riunite C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, *Unicaja Banco y Caixabank*, punto 33, nelle cause riunite C-96/16 e C-94/17, *Banco Santander Escobedo Cortés*, punto 74, e nelle cause riunite C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria e Bankia*, punti da 56 a 63. La Corte ha sottolineato la condizione per cui le conseguenze devono essere «particolarmente dannose» per i consumatori e tali da «penalizzare» questi ultimi nelle cause C-118/17, *Dunai*, punto 54, C-96/16 e C-94/17, *Banco Santander e Escobedo Cortés*, punto 74, C-51/17, *OTP Bank e OTP Faktoring*, punto 61 o «in contrasto con gli interessi» del consumatore, *Dunai*, punto 55. Cause riunite, C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria e Bankia*, punti 61 e 62.

¹¹⁸ Cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Gutierrez Naranjo*, punti da 67 a 69.

Gli articoli 6 e 7 della direttiva in esame contengono le disposizioni circa i profili rimediali e di tutela del consumatore a fronte dell'inserzione da parte del professionista di clausole abusive nel regolamento contrattuale. Con riferimento alla seconda delle norme sopra citate, essa fonda il diritto del consumatore ad un ricorso effettivo¹¹⁹ per la violazione dei diritti garantiti dalla disciplina comunitaria. Nonostante tale norma non contenga disposizioni di carattere eminentemente processualistico, gli obiettivi da essa posti possono essere perseguiti solo nell'ipotesi in cui le norme processuali poste dal legislatore nazionale favoriscano il loro raggiungimento senza precludere in alcun modo la piena tutela del consumatore. Difettando una forma di armonizzazione tra le legislazioni nazionali, benché solo minima, in tale contesto si assiste all'affermarsi dell'autonomia processuale dei singoli stati membri, con un conseguente maggior onere da parte degli stessi di garantire i diritti derivanti dall'applicazione del diritto comunitario. Qualora la normativa interna di natura processuale incida su diritti posti da quella comunitaria, come nel caso della direttiva oggetto di esame, essa deve rispettare i principi di equivalenza ed effettività, fonte dell'obbligo generale per il singolo Stato membro di garantire la tutela giurisdizionale dei diritti spettanti al singolo individuo in forza del diritto dell'Unione. In particolare, in forza del principio di equivalenza le norme processuali funzionali a tutelare i diritti derivanti dalla normativa comunitaria non devono essere meno favorevoli e vantaggiose di quelle che si applicano per la tutela di analoghi diritti che trovino base legale nel diritto interno. Con riferimento al secondo dei principi già menzionati, quello di effettività, postula che le norme processuali interne non devono rendere difficile o addirittura impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione europea. Proprio prendendo le mosse da tali principi la Corte li ha coniugati con riferimento al *quid proprium* della direttiva a tutela del consumatore contro le clausole abusive, facendone discendere una serie di ulteriori requisiti di natura processuale al fine di garantire una tutela effettiva anche in sede giurisdizionale.

A fronte dell'asimmetria strutturale ed informativa che caratterizza la posizione del consumatore, quest'ultimo potrebbe essere ignaro dei diritti che gli spettano e delle relative tutele accordate. Per tali ragioni, il giudice è tenuto a verificare *ex officio* il

¹¹⁹ Causa C-176/17, *Profi Credit Polska*, punto 59. La Corte ha altresì spiegato che il principio della tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale del diritto dell'Unione che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che è stato sancito dagli articoli 6 e 13 della CEDU e confermato dall'articolo 47 della Carta (cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, *Allassini*, punto 61).

carattere abusivo delle singole clausole sospettate di abusività, qualora manchi una contestazione svolta in tal senso dal consumatore. In particolare, il meccanismo del controllo di abusività svolto *ope iudicis* dal legislatore mira a realizzare gli obiettivi prefigurati dal legislatore comunitario agli articoli 6 e 7 della direttiva, favorendo anche un effetto dissuasivo rispetto all'inserimento di clausole vessatorie nel regolamento negoziale. Tale obbligo di controllo *ex officio* dell'abusività della clausola trova ulteriormente applicazione qualora il consumatore contesti tout court l'equità dell'intero accordo senza tuttavia formulare specifiche doglianze relative a specifiche clausole.

Ciò premesso, è opportuno ricordare come il presente elaborato si propone di partire dall'esame dell'istituto delle condizioni generali di contratto nel più ampio settore della contrattazione *standard*, al fine di rispondere al quesito circa la sussistenza di un lume di continuità o di discontinuità tra la disciplina del codice del '42 e quella prevista dal legislatore nel codice del consumo. In particolare, il tema delle clausole vessatorie ha conosciuto, come sopra visto, in occasione del recepimento della direttiva 93/13 CEE, prima mediante la novella al codice del '96 e poi con il codice del consumo, un rinnovato interesse da parte della dottrina in riferimento ai problemi applicativi che tale nuova normativa presenta. Si è parlato di «svolta epocale» in una materia che per decenni non aveva subito modificazioni (se non, in via limitata, per quanto consentito dal c. d. «diritto vivente»), ossia per effetto dell'interpretazione giurisprudenziale che, nel corso degli anni, ha assunto connotazioni più favorevoli alla parte aderente: per fare un esempio per ciò che concerne l'applicabilità della tutela in oggetto ai contratti predisposti dalla P. A.), nonostante la propria inadeguatezza a rappresentare una tutela davvero efficace nei confronti del c. d. contraente «debole», risolvendosi nel mero assolvimento di un onere formale, nel quale si sostanzia la doppia sottoscrizione. Le proposte di riforma suggerite dagli operatori del diritto, sin dalla fine degli anni '60 non erano mai riuscite ad approdare ad un nuovo, più efficace, strumento normativo che avesse riferimento ad una tutela sostanziale dell'aderente, proprio mentre le legislazioni di altri paesi europei si dotavano di forme di controllo di tale ultimo tipo. Il recepimento della direttiva CEE ha ravvicinato la normativa italiana a quella dei suddetti paesi, consentendo finalmente un controllo di tipo contenutistico sulle clausole vessatorie, *réctius* abusive. Ma, come accennato nella trattazione dei limiti soggettivi all'applicazione della direttiva, il campo di applicazione della nuova normativa non coincide del tutto con quello disciplinato dal codice

anteriforma. Ne restano, infatti, esclusi i rapporti tra imprenditori, riferendosi il Codice del consumo, in armonia con la direttiva, ai soli contratti stipulati tra «professionisti» e «consumatori». Come si vedrà meglio nella trattazione specifica relativa al rapporto ed al nesso relazionale tra le due discipline considerate, sopravvivono poi le norme che riguardano la necessità della doppia sottoscrizione per l'efficacia di quelle clausole che rientrano nell'elencazione dell'art. 1341, comma 2 cod. civ., una volta accertata la loro non vessatorietà ai sensi della nuova normativa (e ciò sia nei rapporti tra «professionisti» e «consumatori» che in quelli tra due professionisti).

Uno degli elementi strutturali della normativa posta in materia di clausole vessatorie dal legislatore europeo, e che ne rappresenta il *quid novi* rispetto alla disciplina contenuta nel codice del '42, concerne il canone della chiarezza e della comprensibilità di cui all'art 4 comma 2 Dir. 93/13/CEE. In particolare, è opportuno sottolineare come negli ultimi anni vi sia stata una tendenza del legislatore di dettare regole funzionali a preservare la trasparenza del testo contrattuale al fine di creare una protezione contro qualsiasi forma di non intelligibilità del suo contenuto. A tale logica, infatti, è ispirata la normativa concernente le operazioni ed i servizi bancari o finanziari, dei contratti assicurativi, e, per l'appunto, dei contratti del consumatore. Il regime della trasparenza così come delineata si adatta alle singole tipologie negoziali, assumendo connotazioni via via differenti a seconda dei raggruppamenti contrattuali di cui si tratta, e financo all'interno degli stessi. Si pensi, a titolo di esempio, proprio con riguardo ai contratti del consumatore, all'implementazione delle regole più generali dettate al riguardo in tema di clausole vessatorie, mediante regole giuridiche più peculiari che maggiormente si adattano alle specificità del singolo tipo contrattuale: a tal riguardo, emblematica è la disciplina relativa ai contratti relativi alla prestazione di servizi finanziari al consumatore commercializzati a distanza e quella posta dalle recentissime modifiche al TUB, che a loro volta autonomizzano le regole di trasparenza concernenti i contratti di credito al consumo rispetto a quelle dettate in tema di operazioni e servizi finanziari in generale. Ecco che appare corretta l'osservazione di chi, oltre ad individuare il canone della trasparenza come uno degli elementi costitutivi del giudizio di vessatorietà nei contratti del consumatore, mette in luce una graduazione del canone della trasparenza. Ciò porta a concludere che il *quid novi* rappresentato dal requisito della trasparenza nel contesto della disciplina comunitaria trova una sua specializzazione ed adattamento, connotandosi

per differenti contenuti, nelle singole discipline settoriali. Appare opportuno fin da ora sottolineare come il minimo comune denominatore di tali legislazioni di settore è integrato dal progressivo superamento dei limiti propri della disciplina del codice del '42 che evoca la disciplina della trasparenza, per il tramite dell'obbligo generale di buona fede da cui si dipanano diversi obblighi informativi e della disciplina relativa alle c.d. condizioni generali di contratto. Con riferimento alla normativa delle condizioni generali di contratto, l'impostazione prevalente in letteratura ha colto in essa una manifestazione del principio di autoresponsabilità¹²⁰, in forza del quale graverebbe in capo all'aderente l'onere di accertare, servendosi dell'ordinaria diligenza, la presenza di clausole onerose. Non mancano voci contrarie in letteratura, in ragione delle quali proprio il riferimento all'ordinaria diligenza da parte dell'aderente nell'individuazione delle condizioni generali di contratto onerose, affianca all'onere di autoresponsabilità di quest'ultimo quello in capo al contraente predisponente relativo alla formazione delle singole clausole in modo da risultare conoscibili per il potenziale contraente aderente che in tal modo non sarà costretto a sforzi non esigibili sulla base del parametro della diligenza media.¹²¹ Ciò posto, la conoscibilità di cui all'art. 1341 cod. civ. non è stata mai dotata di quella *vis expansiva* tale da riconoscerle un significato differente dalla mera possibilità di maturare la consapevolezza dell'esistenza della singola clausola onerosa, e segnatamente nella intelligibilità delle stesse. A sostegno di tale impostazione si evidenzia come la possibilità di conoscere le clausole unilateralmente poste deve sussistere al momento della conclusione del contratto.

In tal senso la disciplina posta dal legislatore comunitario si pone in una linea di discontinuità, ponendo degli obblighi informativi in capo al professionista predisponente. Oltre quindi a riempire, sotto il profilo del contenuto, una clausola che, secondo la disciplina generale del contratto opererebbe solo sul piano della forma, il legislatore comunitario ha previsto una serie di obblighi informativi operanti sul piano sostanziale che prescindono dall'inquadramento della singola clausola nella categoria delle

¹²⁰ V. G. CHINÈ, (voce) *Contratti di massa*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997, 411 ss., nonché U. MORELLO, (voce) *Condizioni generali di contratto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., III, Torino, 1988, 337.

¹²¹ Cfr. G. CHINÉ, *op. ult. cit.*, 411 ss., e, in termini non del tutto coincidenti, M. GIORGIANNI, *Il dovere di conoscibilità dell'utilizzatore-predisponente di condizioni generali di contratto nella fase di formazione del consenso*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006, 1203 ss., che ricostruisce un binomio articolato nel dovere di informazione del predisponente e nel dovere di auto informazione dell'aderente. Così, già Cass., 3 novembre 1955, n. 2571, in *Mon. trib.*, 1956, 251 ss., e v. V. ROPPO, *Il contratto*, nel *Trattato dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001, 906.

condizioni generali di contratto. Oltre a ciò, tali obblighi non limitano la loro operatività alla conclusione del contratto, estendendosi dunque sia alla fase delle trattative sia a quella strettamente esecutiva. In tal senso, la disciplina dei contratti bancari, che sarà oggetto della terza sezione della presente trattazione, pone degli obblighi di trasparenza derogabili *in melius* in favore del contraente debole, operando quest'ultimi tanto nella fase precontrattuale quanto in quella della conclusione del contratto e financo dell'esecuzione del contratto.

A fronte di questo quadro normativo, convince l'idea che la trasparenza integri un *aliud specializzante* rispetto alla mera precisazione dei requisiti di chiarezza ed intelligibilità delle singole clausole: ciò in quanto la trasparenza integra una nozione generale che si riempie di contenuti tipizzati nelle singole discipline di settore. Per tale ragione si tende ad escludere una completa sovrapposizione con la nozione in esame dei requisiti di chiarezza e comprensibilità. Infatti, la trasparenza si riempie di contenuto attraverso la creazione di singoli obblighi informativi nella disciplina di settore, tipizzati dal legislatore.¹²² Ciò premesso, tuttavia, non deve condurre alla necessaria conseguenza di rendere la trasparenza oggetto di un principio generale di avversità al carattere opaco della singola clausola con esaltazione della conoscibilità del suo contenuto. Le regole poste dal legislatore nelle singole discipline di settore tendono dunque a promuovere un grado di conoscibilità più intenso rispetto a quello evocato dalla disciplina delle condizioni generali di contratto e dal canone generale della buona fede. Proprio per la sua inclinazione avversa all'opacità, anzi, il principio di trasparenza non si limita a prescrivere la generale conoscibilità dei contenuti resi oggetto dallo specifico obbligo

¹²² L'espressa limitazione per cui, ai fini del giudizio di abusività, l'adeguatezza del corrispettivo rileva solo se il contratto non sia in proposito chiaro e comprensibile implica che, fuori da questi casi, si può solo discutere se il Preisargument possa influire indirettamente su detto giudizio, ad esempio sulla conformità a buona fede delle pattuizioni (ma, per la tendenziale irrilevanza dell'argomento, nell'esperienza tedesca, cfr. D. KREBS, *Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, Baden-Baden, 1990, p. 118 ss.; L. FASTRICH, *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, München, 1992, 79 ss.) fatto salvo, a quest'ultimo riguardo, il discusso rapporto tra significatività dello squilibrio e contrarietà a buona fede che incide sull'individuazione dei presupposti dell'abusività delle clausole (cfr. F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, 417 ss.; sul dibattito, v. la ricognizione di orientamenti in S. TROIANO, *Significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. Commento sub art. 1469-bis, 1° comma*, ne *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, I, cit., 3). Inoltre, tale limitazione denota il carattere accidentale del giudizio di congruità, limitato al ricorrere di specifici presupposti, è indizio dell'estraneità alla disciplina degli ideali di giustizia commutativa e, a maggior ragione, distributiva, nonché del rilascio all'autonomia delle parti della valutazione di convenienza economica.

informativo posto dal legislatore, ma ne esige una conoscenza effettiva e concreta mediante i canoni della chiarezza e dell'intelligibilità richiamati dalla Dir. 93/13/CEE. In tal senso la trasparenza assurge a criterio integrativo della disciplina del contratto sia sul piano dell'atto sia su quello del rapporto, con riferimento sia alla fase preordinata al perfezionamento del vincolo sia a quella di conclusione dell'accordo e financo al momento esecutivo dell'accordo. Questo appena descritto rappresenta il quadro entro il quale le regole a presidio della trasparenza sono proiettate in una funzione di protezione e di tutela della consapevolezza del consenso circa la nascita e l'esecuzione del rapporto giuridico specificatamente instaurato. L'obbligo informativo mira alla progressiva formazione di un consenso consapevole assicurando la conoscibilità delle singole clausole che compongono il regolamento negoziale. È in tale contesto che trova applicazione e massima diffusione il fenomeno del c.d. neoformalismo negoziale, in forza del quale l'onere formale non assurge solamente a strumento di manifestazione all'esterno dell'atto, ma diventa veicolo di informazioni concernenti l'esecuzione del singolo rapporto negoziale.

La Dir. 93/13/CEE e, più in generale, il principio di trasparenza che in essa trova la sua base legale, consentono, in ultima analisi, di proporre talune riflessioni tra il ruolo della trasparenza nell'evolversi del regolamento negoziale e l'influenza del pensiero volontaristico¹²³. A parere di chi scrive sembra piuttosto che tali norme siano poste in una funzione erosiva del dogma della volontà, in una logica di ridimensionamento dell'autonomia negoziale. Un'altra questione di carattere dogmatico posta dalle tematiche oggetto della trattazione concerne il nesso relazionale intercorrente tra le norme comunitarie a presidio della trasparenza e il c.d. consensualismo. In tal senso sembra possa affermarsi che la trasparenza contrattuale svolga un ruolo decisivo nel recupero della bilateralità dell'accordo che risulta stuprata dalla predisposizione unilaterale delle singole clausole da parte del professionista. Da tali riflessioni deriva che non sarà

¹²³Sul rapporto di priorità dell'informazione rispetto al consenso consapevole v. ad es., sia pure in un particolare ambito, V. ZENO ZENCOVICH, *Commento sub art. 10, ne La tutela dei dati personali, Commentario alla legge n. 675/1996*, a cura di Giannantonio-Losano-Zeno Zencovich, nella collana *Diritto Scienza Tecnologia*, diretta da Giannantonio e P. Rescigno, Padova, 1997, 92 ss. e, ivi, p. 95, e ID., Il « consenso informato » e la « autodeterminazione informativa » nella prima decisione del garante, in *Corr. giur.*, 1997, 914 ss. Inoltre, occorre ammettere che neppure il consenso informato è sempre sufficiente a realizzare l'istanza di tutela (v., sia pure con riferimento a diversi profili, R. CILIBERTI, *Il diritto tra sviluppo della tecnologia biologica e problematiche etiche. Il caso della fecondazione assistita*, nei *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXI, 2001, 463 ss. e, ivi, p. 467), che può abbisognare della conformazione legislativa inderogabile.

configurato l'accordo con riguardo alla singola clausola in tutti i casi in cui difetti un consenso dell'aderente libero e consapevole, sempre considerando che il contenuto del patto deve essere compreso, o quantomeno conoscibile secondo una *standard* di normalità.

Pertanto, le regole sulla trasparenza presuppongono l'unilaterale predisposizione da parte del contraente professionista, potendo in tal senso escludere che esse si pongano in una logica di tutela della negoziabilità dell'accordo. Come sopra visto, tali regole se da un lato recuperano la bilateralità dell'accordo dall'altra occorre una precisazione del loro *modus operandi*: infatti, esse si limitano al presidio del consensualismo, realizzandone dunque le premesse. In tal senso la disciplina oggetto di trattazione si fonda sulla centralità dell'accordo nel suo momento genetico, permettendo tuttavia che la bilateralità negoziale sia di fatto degradata al requisito della conoscibilità del contenuto negoziale.

Si ritiene che le regole ispirate alla logica della trasparenza coniughino in sé una perfetta sintesi tra la nozione di contratto intesa come regolazione convenzionale di interessi contrapposti e la nozione contratto inteso come strumento per lo svolgimento di attività economiche. Infatti, tale nesso di strumentalità impone di considerare in chiave dinamica la regolazione del conflitto tra interessi contrapposti. Nelle singole disposizioni settoriali, la trasparenza contrattuale assume particolari contenuti assistiti da particolari profili rimediali. Ciò si spiega secondo una logica economica, rilevando che l'etero-correzione del mercato integra un fenomeno alquanto articolato e tale considerazione dipende dal fatto che alla sua compiuta regolamentazione concorrono differenti fattori, quali le disposizioni relative l'organizzazione, i controlli, le attività ed infine i soggetti coinvolti. Inoltre, occorre rilevare che il mercato è per sua natura differenziato, e di conseguenza il fenomeno dell'etero correzione opera diversamente a seconda del contesto.

In secondo luogo, oltre che al fine di arginare il volto del consensualismo nella contrattazione asimmetrica, la disciplina introdotta a livello comunitario in punta di trasparenza delle clausole negoziali unilateralmente poste, svolge anche una funzione correttiva dell'assetto negoziale favorendone il riequilibrio.

A tal riguardo appare chiaro che la disciplina sulla trasparenza, in ragione dei molteplici oneri informativi che presidiano il rapporto negoziale nel momento sia genetico sia esecutivo e delle limitazioni dell'autonomia contrattuale, abbia un ruolo di riequilibrio dell'asimmetria informativa e strutturale che connota la posizione economica del

contraente debole. Tuttavia, sul presupposto che il contratto integri lo strumento di scambio per eccellenza proprio del mercato, e che l'asimmetria tra le parti può incidere sul suo contenuto, e quindi *a fortiori* sul concreto funzionamento del mercato, le disposizioni normative che presuppongono un disequilibrio originario tra le parti possono assurgere a strumenti posti a tutela non solo del contraente debole, ma soprattutto del mercato e delle logiche concorrenziali.

9. Precisazioni conclusive al primo capitolo.

In conclusione del capitolo, allo scopo di anticipare la linea di insieme del prosieguo della trattazione, è opportuno ricordare che il nuovo volto del 1341 c.c., sulla cui interpretazione ha indubbiamente inciso la direttiva europea del 1993, è, altresì, il prodotto dello sviluppo della realtà sociale contemporanea che, da un sistema fondato sullo scambio tra proposta ed accettazione, è giunta a fondarsi, essenzialmente, proprio sulla centralità dello strumento delle condizioni generali di contratto, per le ovvie esigenze di celerità e sintesi che la nuova economia richiede. Alla luce delle sopra svolte considerazioni, si porrà l'accento sulla struttura del contratto telematico con l'evidente necessità di fondare la lettura sostanzialistica della norma generale sulle condizioni generali di contratto su una lettura teleologica e sistematica dell'art. 13 del d.lgs. 70/2003 in tema di E-commerce e di clausole vessatorie.

In questo senso, il problema che si cercherà di sviscerare è quello di verificare se la conoscenza o la conoscibilità delle clausole unilateralmente poste dal predisponente non siano da intendere solo come consapevolezza dell'esistenza ma anche come possibilità e conoscibilità di accesso al contenuto della clausola e quindi possibilità di apprensione del suo significato in base ad una lettura sistematica ed elastica dell'art. 34 Cod. cons. Anticipando parte delle argomentazioni che si proporranno nella disamina del secondo capitolo dell'elaborato, ci si domanderà se sia possibile estendere alla questione in esame l'approccio elastico che la letteratura e la giurisprudenza dominanti hanno riservato alla risarcibilità del danno non patrimoniale anche in materia di responsabilità contrattuale da inadempimento. In ultima analisi, alla luce del *modus operandi* adottato dalla Corte di Giustizia che recentemente si è già servita delle c.d. nullità selettive per estendere l'operatività della nullità relativa alla disciplina generale del contratto, l'obiettivo cui si

cercherà di tendere è quello di verificare se l'art.34 Cod. cons., in attuazione dell'art. 5 dir. 93/13/CEE, sia una norma precettiva di fattispecie o, per contro, una norma ad antecedente logico aperto capace di contaminare anche la disciplina generale sul contratto e, in modo particolare, l'assetto di interessi fissato da due professionisti.

Capitolo II

La configurabilità di un principio generale di trasparenza consumeristica applicabile alla materia delle condizioni generali di contratto ex art. 1341 c.c.

SOMMARIO: 1. L'argomento sistematico: la risarcibilità del danno non patrimoniale in caso di inadempimento contrattuale come paradigma dell'estensibilità di una clausola generale al diritto dei contratti. 2. La tutela eminentemente formale prevista dal legislatore in materia di condizioni generali di contratto ex art. 1341 c.c. 3. La sopravvenienza normativa della Dir. 93/13/CEE ed i profili di frizione con la disciplina delle condizioni generali di contratto. 4. La base legale della trasparenza consumeristica e la configurabilità di un canone generale di accessibilità al contenuto della clausola squilibrante. 5. Il difetto di trasparenza delle clausole contrattuali come elemento costitutivo del giudizio di vessatorietà. 6. La Corte di Giustizia dell'Unione europea sulla nozione di «trasparenza», con particolare riferimento al caso delle c.d. clausole suélo: la c.d. trasparenza in re ipsa. 7. I profili problematici del rapporto tra la disciplina delle condizioni generali di contratto e lo statuto della trasparenza consumeristica. 8. Il contratto telematico e le condizioni generali di contratto. 9. Gli obblighi informativi nella contrattazione telematica e la tutela dell'aderente. 10. Il principio di trasparenza.

1. L'argomento sistematico: la risarcibilità del danno non patrimoniale in caso di inadempimento contrattuale come paradigma dell'estensibilità di una clausola generale al diritto dei contratti.

Prendendo le mosse dall'argomento sistematico – e prima di riempire contenutisticamente il concetto di trasparenza con particolare riferimento al settore dei contratti bancari – è opportuno dar contezza della medesimezza dell'operazione interpretativa che consente, da un lato, di estendere il contenuto della trasparenza bancaria e consumeristica nell'alveo delle condizioni generali di contratto e, dall'altro lato, di riconoscere la risarcibilità del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. nel caso di inadempimento contrattuale¹²⁴.

¹²⁴ La tematica più delicata e discussa, nonché di immediata rilevanza operativa appare, in ogni caso, quella relativa all'applicabilità, anche alla responsabilità per inadempimento, dell'art. 2058 c.c.: chi opta per la tesi negativa, si basa fondamentalmente sul fatto che l'art. 2058 c.c. è previsto nell'ambito della responsabilità aquiliana e non per quella contrattuale e sulla considerazione che il risarcimento in forma specifica, in caso di inadempimento, in realtà rientrerebbe nell'ambito dell'esecuzione forzata ex art. 2910 c.c., che pure è funzionale a restaurare l'interesse leso del creditore, affermandosi, quindi, che, «il provvedimento dell'organo esecutivo finisce [...] per attuare [...] quella modalità di risarcimento contemplata all'art. 2058 c.c. e, cioè, la riparazione del

In particolare, ci si chiede se il danno non patrimoniale sia risarcibile non solamente in caso di inadempimento contrattuale ai sensi e per gli effetti dell'art. 1218 c.c., ma anche nelle ipotesi di contatto sociale, di obblighi di protezione integrativi di quelli di prestazione. Qualora – come pacificamente si ammette – si concluda per tale forma di estensione dei confini della responsabilità contrattuale, si dovrà in seconda battuta verificare se il danno non patrimoniale in ambito contrattuale conosca degli stessi limiti del danno non patrimoniale aquiliano.

Dopo aver identificato la base legale del danno non patrimoniale nell'art. 2059 c.c., riferito al caso dell'illecito aquiliano, ci si è domandati a più riprese in dottrina se il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale sia parimenti risarcibile. In aggiunta ai profili problematici così delineati, ci è chiesto se i confini della risarcibilità del danno non patrimoniale in chiave contrattuale siano i medesimi rispetto a quelli delineati dalla disciplina e dalla giurisprudenza nel campo della responsabilità aquiliana.

La vecchia concezione del Codice del 1865 e la lettura iniziale della disposizione contenuta nell'art. 1223 c.c. seguivano una rigorosa concezione patrimonialistica¹²⁵ della responsabilità contrattuale: poiché il contratto ha un oggetto patrimoniale¹²⁶ – alla luce

danno» (C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *la responsabilità*, Milano, 2020, 187, a cui si rinvia per ulteriori riferimenti e approfondimenti); in favore dell'operatività del rimedio del risarcimento in forma specifica anche nel campo della responsabilità contrattuale può, tuttavia, rilevarsi, per un verso, che l'ambito nel quale è inserito l'art. 2058 c.c. non ne impedisce un'interpretazione estensiva, anche in considerazione del fatto che esistono norme, in ambito di disciplina contrattuale, che prevedono proprio specifiche forme di risarcimento in forma specifica, il che escluderebbe un'incompatibilità logica tra resp. contrattuale e risarcimento in forma specifica: emblematica è la previsione dell'art. 1359 c.c. che prevede la c.d. «finezza di avveramento»; per altro verso, che il risarcimento in forma specifica è diverso dal c.d. adempimento coattivo, in quanto, per affermarne la coincidenza, non è sufficiente rilevare che entrambi gli istituti perseguono la realizzazione del concreto interesse del creditore: l'esecuzione forzata realizza quella specifica prestazione dovuta dal debitore, il quale non è tenuto ad eseguire nessuna altra prestazione che non sia dedotta in contratto; il risarcimento in forma specifica, invece, determina in capo al debitore una nuova prestazione in sostituzione di quella originaria: proprio la constatazione che si impone una nuova prestazione giustifica che l'art. 2058 comma 2 c.c. imponga una verifica in termini di onerosità (C.M. BIANCA, op. cit., 187). Nel senso dell'operatività dell'art. 2058 c.c. è la costante giurisprudenza, cfr., Cass. 2 marzo 1973, n. 582; Cass. 3 gennaio 1994, n. 1783; Cass. 17 febbraio 2004, n. 3004; Cass. 30 luglio 2004, n. 14599, ove, peraltro, in relazione ad aspetti motivazionali, si specifica che «la concessione del risarcimento in forma specifica, peraltro, pur risolvendosi in un giudizio di fatto e rimanendo pertanto rimessa alla discrezionalità del giudice di merito richiede di essere specificamente motivata, attesa l'inapplicabilità di tale forma di risarcimento laddove eccessivamente onerosa per il debitore».

¹²⁵Si tratta di un rilievo diffuso: v., tra gli altri, R. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità contrattuale, il danno non patrimoniale e il danno morale*, in Mazzamuto (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012, 451; G. CONTE, *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contratti*, 2010, 710 ss.; M. MAGGIOLO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in S. PATTI (diretto da), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, a cura di S. DELLE MONACHE, Torino, 2010, 665; C. AMATO, *Nozione unitaria di danno non patrimoniale e autonomia negoziale*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U. 11 novembre 2008*, nn. 26972/3/4/5, Milano, 2009, 24 ss.;

¹²⁶ Sul punto v. A. ZACCARIA, *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, in *Resp. civ.*, 2009, 28 ss. In senso critico sul cumulo o concorso cfr. S. MAZZAMUTO, *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, 670; C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, cit., 555 ss.

della nozione contenuta all'art. 1321 c.c.¹²⁷ – ne deriva che è risarcibile solo il danno correlato all'oggetto in applicazione del principio di equivalenza e di surrogazione. Da tali premesse ne derivava che l'inadempimento non poteva che produrre un danno equivalente al bene oggetto del contratto, e dunque un danno parimenti patrimonialistico¹²⁸.

Questa lettura del danno da inadempimento contrattuale¹²⁹ appariva avvalorata da una pluralità di argomenti che hanno condotto tale impostazione dottrinale ormai minoritaria a negare cittadinanza¹³⁰ al danno non patrimoniale nell'ambito della responsabilità da inadempimento.¹³¹

In primo luogo, quanto all'argomento letterale, si è messo in evidenza che l'art. 1223 c.c., in tema di danno contrattuale, utilizza una terminologia connotata da un linguaggio strettamente economico¹³². Infatti, danno emergente e lucro cessante evocano in qualche misura una logica patrimonialistica.

In secondo luogo, con particolare riferimento all'argomento sistematico, tale conclusione si fondava sul rilievo secondo cui l'art. 2059 c.c., il quale ammette il danno non patrimoniale, è dettato solo in campo aquiliano¹³³, così autorizzando per differenza la tesi della risarcibilità contrattuale solo del danno patrimoniale.

¹²⁷ In tal senso, Cass. civ. nn. 19769/2003; 1307/2000; 473/1989; Sez. Un. civ. n. 2981/1984.

¹²⁸ Cass., 16 maggio 2000, n. 6356, in *Notiziario giur. lav.*, 2001, 449; Cass., 21 giugno 1999, n. 6233, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1444.

¹²⁹ AMATO, *Danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg., VI, Torino, 2011, 307 s.

¹³⁰ Alla dottrina tradizionale che escludeva tout court, in ragione di tale interpretazione di tipo sistematico, la risarcibilità di tale danno si affiancava poi (in epoca anteriore, peraltro, al 2003) quella, meno restrittiva, che circoscriveva alle sole ipotesi di inadempimento-reato le possibilità di risarcimento del danno non patrimoniale contrattuale. Sul punto si veda G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 215; V. ZENO-ZENCOVICH, *Danni non patrimoniali e inadempimento*, Milano, 1984, 116; Id., *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, 77; F.D. BUSNELLI, *Interesse della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 1 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 313.

¹³¹ Si ammette da parte della dottrina prevalente che il limite dell'impossibilità tracciato ed individuato dall'art. 2058 c.c. primo comma, impedisca l'attivazione del rimedio in esame con riferimento al danno precontrattuale, essendo le favorevoli contrattuali perse monetizzabili esclusivamente per equivalente pecuniario.

¹³² Cfr., in tema, G.P. CHIRONI, *La colpa nel diritto civile odierno. III. Colpa contrattuale*, Torino, 1903-1925, 567 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 313, ma v. il ritorno sul tema e la limitata apertura nei confronti del danno non patrimoniale da inadempimento in ID., *Il danno morale mezzo secolo dopo*, 2010, I, 616; V. ZENO-ZENCOVICH, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, 77 ss.; M. CENINI, *Risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di inadempimento contrattuale e vacanze rovinose: dal danno esistenziale al danno da «tempo libero sacrificato»?* in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, 633 ss; M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 823 e nt. 71.

¹³³ G. VETTORI, *Il danno non patrimoniale tra illecito e contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 246; M. M. FRANCISSETTI BROLIN, *Danno non patrimoniale e inadempimento. Logiche «patrimonialistiche» e valori della persona*, Napoli, 2014, 190 ss.

In terzo luogo, tale orientamento si nutreva dell'eccezionalità delle norme che prevedono il risarcimento del danno non patrimoniale¹³⁴ in campo contrattuale come espressamente previsto in tema di lavoro, di trasporto e, da ultimo, in tema di danno da vacanza rovinata secondo la disciplina consumeristica. L'eccezionalità dell'estensione dello statuto del danno non patrimoniale al campo della responsabilità contrattuale non consentiva di interpretare estensivamente tali norme speciali che, come tali, non erano passibili di interpretazione analogica ex art. 14 Preleggi¹³⁵.

Questa impostazione conduceva al corollario del cumulo delle responsabilità, e quindi del c.d. concorso cumulativo di danno: chi subiva un danno per via dell'inadempimento contrattuale – si pensi, senza pretesa di esaustività, ai casi del contratto sanitario od al contratto di trasporto – era tenuto ad agire per il danno patrimoniale a titolo contrattuale e per il danno aquiliano a titolo extracontrattuale, dovendo svolgere due azioni per far valere i due pregiudizi derivanti dall'inadempimento contrattuale. Ciò avrebbe comportato non solo la duplicazione dell'attività processuale e di quella probatoria in senso stretto, ma anche l'assoggettamento delle due diverse forme di tutela ad un differente statuto dell'onere della prova.

¹³⁴ In tal senso v. S. MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, Torino, 2015, 74. Cfr., in argomento, G. RUSSO, *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 971; A. ASQUINI, *Massime non consolidate in tema di responsabilità nel trasporto di persone*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II, 9; C.M. BIANCA, *Diritto civile. V. La responsabilità*, Milano, 2012, 203 ss.

¹³⁵ M.R. MARELLA, *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile nei danni non patrimoniali da inadempimento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 36 ss. Si ricordi che è del 7 maggio 2010 il Disegno di legge che delegava al Governo il compito di apportare alcune modifiche al Codice civile, tra le quali l'espressa previsione del risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento. L'iter parlamentare si è tuttavia interrotto. Per una critica al d.d.l., si rinvia a C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contratti*, 2010, 701 ss.

La riferita impostazione, ad oggi assolutamente minoritaria¹³⁶, è superata sulla base di quattro criteri interpretativi¹³⁷.

In primo luogo,¹³⁸ si è messo in evidenza il criterio dell'interpretazione a contrario, in forza del quale si giunge ad una concezione dell'art. 2059 c.c. non come una norma autorizzatrice del danno non patrimoniale, ma come una norma che in qualche misura lo limita: se non ci fosse tale articolo, il danno non patrimoniale sarebbe risarcibile in modo atipico. Il fatto che in materia contrattuale non sia richiamata una norma che limita il risarcimento non è un argomento contrario, ma a favore della risarcibilità del danno non patrimoniale in materia contrattuale, senza i limiti dell'art 2059 c.c.

In secondo luogo,¹³⁹ con particolare riguardo al criterio dell'interpretazione conforme si osserva che, essendo i diritti fondamentali nella gerarchia costituzionale più importanti dei diritti patrimoniali, sarebbe contraria alla Costituzione una lettura dell'art. 1218 c.c. e del 1223¹⁴⁰ c.c. che escludesse il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale. Ne deriva che, alla luce di una lettura non economicistica

¹³⁶ E. SERRAO, *Inadempimento e danno esistenziale*, in U. Dal Lago – R. Bordon (a cura di), *La nuova disciplina del danno non patrimoniale*, Milano, 2005, 450.

Già sotto il vecchio codice la dottrina dominante, sulla base di una visione economica dell'istituto della responsabilità contrattuale, tendeva a negare la risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale. Si veda, in tal senso, P. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, Torino, 1897, 567 ss. In giurisprudenza assai significativa è Cass. Torino, 6 dicembre 1900, in *La Legge*, 1901, I, 228: la questione era relativa alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento di un contratto di trasporto, ambito nel quale si concentravano le poche questioni pratiche in materia. Il giudicante concludeva nel senso che «la integrità della vita, l'incolumità delle persone, quali beni d'ordine superiore non sono né possono essere oggetto di contratto, ed essendo sottratti ad ogni stipulazione contrattuale, non si comprende come naturalmente e tacitamente l'obbligo dell'incolumità personale sia divenuto parte integrante del contratto».

Le isolate posizioni di apertura facevano leva sull'inesistenza di argomenti giuridici volti a far ritenere che il legislatore del 1865 avesse pensato al danno non patrimoniale da contratto e che lo avesse volutamente escluso dalla sfera della risarcibilità (in tal senso, v. A DALMARTELLO, *Danni morali contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, 53 ss., il quale, già sotto il previgente codice civile, osservava: «sarà necessario ricercare innanzitutto l'esatto concetto e il preciso valore giuridico di 'danno morale contrattuale', e vedere poi se questa figura giuridica si sia o no presentata alla mente del legislatore, per rintracciare, in caso negativo, quale sia la norma che si deve applicare»), oltre che sull'idea per la quale il danno, se esiste ed è meritevole di risarcimento, lo è a prescindere dalla fonte negoziale o meno della relativa responsabilità (in questi termini, cfr. A. MINOZZI, *Danno morale*, in *Studio sul danno non patrimoniale*, Milano, 1901, 194 ss.

¹³⁷ Vedi per tutti MESSINEO, *Man. Dir. Civ. e comm.*, Milano, 1959, Tomo III, 350;

¹³⁸ Cfr. Cass. civ., 2 marzo 1973 n. 582 e Cass. civ., 3 gennaio 1994 n.6; Sez. Un. civ., 11 novembre 2008, n. 26972-5, *ex aliis*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 38, con note di Monateri, Navarretta, Poletti, Ziviz.

¹³⁹ E. NAVARRETTA- D. POLETTI, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in *Navarretta (a cura di), I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004, 68 ss.

¹⁴⁰ Lo schema delineato dall'art. 1223 c.c sembra assegnare all'inadempimento (ovvero alla mancata ricezione della prestazione) il ruolo di fatto generatore del pregiudizio che si ripercuote sul patrimonio del creditore sotto forma, appunto, di danno emergente e di lucro cessante. Cfr., in tal senso, L. NIVARRA, *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, Torino, 2015, 151.

ma costituzionalistica dell'art. 1223¹⁴¹ c.c., tale disposizione quando prevede il risarcimento di tutti i danni provocati dall'inadempimento, pur riferendosi ad un termine economico, va inteso in senso di patrimonio personale e non di patrimonio economico. In applicazione di tali considerazioni, appare opportuno aderire ad una lettura conforme anche dell'art. 1218 c.c. che cristallizza il regime della responsabilità per inadempimento addossando in capo al debitore la c.d. causalità liberatoria¹⁴²: tale disposizione utilizza e sposa un principio di neutralità alla luce del rilievo per cui quando parla di risarcimento del danno non si occupa di dire di quali danni bisogna valutare l'esistenza in chiave risarcitoria. Ne deriva che si tratta di una norma neutra in cui riposa una forma di lacuna volontaria in base alla quale l'art. 1218 c.c. si riferisce ad ogni danno, e dunque anche a quello di carattere non patrimoniale.

Si tratta, pertanto, di una lettura conforme alla Costituzione, agli artt. 6 e 13 Cedu ed alle corrispondenti disposizioni contenute nella Carta dei Diritti Fondamentali di Nizza¹⁴³.

¹⁴¹ Ove il riferimento dell'art. 1223 c.c. alla «perdita subita» e al «mancato guadagno» del creditore era letto, da taluni, come un indizio inequivocabile dell'accezione intrinsecamente patrimoniale del pregiudizio ivi considerato (L. BIGLIAZZI GERI- U. BRECCIA-F. BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile, 3, Obbligazioni e contratti*, Torino, 1992, rist. 1996, 154, nt. 45), laddove, per altri, la vaghezza del testo normativo avrebbe invece permesso di dare risalto anche alle perdite sfornite di tale carattere (F. TESCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008, 55, 117 ss.)

¹⁴² Per una valorizzazione, a tal fine, dell'art. 1225 c.c., v. F.P. PATTI, *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015, 307 ss.; S. PAGLIANTINI, *Per un'interpretazione comunitariamente orientata dei danni non patrimoniali da contratto*, in *Contratti*, 2010, 745 s.

¹⁴³ Cass., s.u., 11 novembre 2008, n. 26973, in *Foro it.*, 2009, 120 ss., con note di A. PALMIERI, *La rifondazione del danno non patrimoniale, all'insegna della tipicità dell'interesse leso (con qualche attenuazione) e dell'unitarietà*; R. PARDOLESI – R. SIMONE, *Danno esistenziale (e sistema fragile): «die hard»*; E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 39 ss., con note di P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*; D. POLETTI, *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*; P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*; in *Danno e resp.*, 2009, 19 ss., con commenti di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni unite. Un "De profundis" per il danno esistenziale*.

G. SPANGA, *Le Sezioni unite e l'art. 2059: censure, riordini, ed innovazioni del dopo principi*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, con nota di G. GRISI, *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia "creativa" delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2009, I, 61 ss., con note di G. CASSANO, *Danno non patrimoniale ed esistenziale: primissime note critiche a Cassazione civile, Sezioni unite*, 11 novembre 2008, n. 26972; V. TOMARCHIO, *L'unilateralità del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni unite*, in *Nuoviss. giur. civ. comm.*, 2009, I, 102 ss., con note di E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite*; M. DI MARZIO, *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*, in *Dir. giur.*, 2008, 526 ss., con nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale: luci ed ombre*; Cfr., inoltre, i commenti di F.D. BUSNELLI, *Le Sezioni unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 97 ss.; A. DI MAJO, *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: qual è l'esito?* in *Corr. giur.*, 2009, 410 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2009, 3, 589 s.; S. PATTI, *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Corr. giur.*, 2009, 415 ss.; P. CENDON, *L'urlo e la furia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 71 s.; E. NAVARRETTA, *Danni non patrimoniali: il compimento della Drittwirkung e il declino delle antinomie*, 2009, II, 81 s.; G. PONZANELLI, *La prevista esclusione del danno esistenziale e il principio di integrale riparazione del danno: verso un nuovo sistema di riparazione del danno alla persona*, 2009, II, 90 s.; M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009, 5 s.; ID., *I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 2009, 1 s.; C.

In chiave ulteriormente sistematica, l'art. 1174 c.c.¹⁴⁴, pur prevedendo che l'obbligazione debba avere ad oggetto una prestazione economica, esso stabilisce che l'interesse cui la prestazione è teleologicamente diretta a soddisfare può essere anche esclusivamente un interesse non economico di natura morale, sociale, politico, culturale, religioso, sentimentale. È evidente che se l'art. 1174 c.c. stabilisce l'atipicità dello scopo dell'obbligazione, che può essere anche di carattere non patrimoniale – in ciò saldandosi con l'art. 1322 comma 2 c.c. che prevede che anche un contratto possa avere una causa concreta totalmente non patrimoniale – è difficile pensare che un'obbligazione sia finalizzata ad un interesse non patrimoniale e non veda risarcito il danno che è proprio di quell'interesse, cioè il danno non patrimoniale.

Esaminando il profilo di carattere evolutivo¹⁴⁵, si determina una sostanziale trasformazione del diritto dei contratti dal punto di vista della depatrimonializzazione¹⁴⁶, della terziarizzazione, secondo una logica propria dell'economia post-acquisitiva che

SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 261 s.; C. CASTRONOVO, *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 5 ss.; A. RICCIO, *Verso l'atipicità del danno non patrimoniale: il mancato rispetto dei vincoli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo solleva una nuova questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c.?* in *Contr. e impr.*, 2009.

¹⁴⁴ A questo assunto, infatti, si deduceva che ogniqualvolta l'interesse da soddisfare fosse di natura morale, e la perdita subita dal creditore si identificasse nella mancata realizzazione dello stesso, il debitore avrebbe allora dovuto risarcire il danno corrispondente, malgrado l'irriducibilità del medesimo a una dimensione economica pura.

¹⁴⁵ Le tesi, favorevoli al riconoscimento del danno non patrimoniale contrattuale, che muovevano dall'art. 1223 c.c. tributavano, invero, un ruolo eccessivo a tale disposizione, la quale, attenendo al nesso di causalità tra inadempimento e danno, era, a ben vedere, inidonea ad offrire un criterio selettivo ulteriore e preliminare dei pregiudizi non patrimoniali risarcibili, la cui esigenza, invece, avrebbe dovuto avvertirsi proprio alla luce della convivenza, nella responsabilità extracontrattuale, della medesima disposizione ai sensi dell'art. 2056, comma 1, c.c. con l'art. 2059 c.c. (S. DELLE MONACHE, *Interesse non patrimoniale e danno da inadempimento*, in *Contratti*, 2010, 723); a meno, beninteso, di non pervenire alla conclusione, tuttavia poco persuasiva in un'ottica di raffronto tra i due modelli di responsabilità (ZENO-ZENCOVICH, *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, 87), che il danno non patrimoniale da inadempimento avrebbe dovuto essere sempre risarcito, allorché inserito in una sequenza eziologica in cui risultasse conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento stesso. I richiami all'art. 1174 c.c., invece, proponevano un'argomentazione che, nella sua essenza, era già stata confutata da R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 315, senza contare, poi, che la norma in questione postula una duplicità di piani — quello (eventuale) della non patrimonialità dell'interesse creditorio, e quello (ineludibile) della patrimonialità della prestazione — dai quali non è dato trarre alcun automatismo sul fronte risarcitorio. Se è vero, infatti, che la possibile non patrimonialità dell'interesse del creditore è una spia della plausibile emersione, nel giudizio di responsabilità, anche di aspetti non patrimoniali, ciò soltanto non prova la validità di una sicura corrispondenza tra i due estremi, a meno, di nuovo, di non pervenire a un esito troppo profondamente diverso, per non apparire disarmonico, rispetto a quello raggiunto nell'illecito aquiliano. Sul punto si veda S. DELLE MONACHE, op. cit., 726; G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione (Valore normativo dell'art. 1174 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I, 230 s., e al prezzo, oltretutto, di una confusione tra riferimenti — quello, appunto, all'interesse che sorregge la prestazione e quello al danno risarcibile — che agiscono in prospettive diverse (E. NAVARRETTA- D. POLETTI, op. cit., 62).

¹⁴⁶ D. MESSINETTI, *Considerazioni sul danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, 342 s.; M. BARCELLONA, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, 88 s.

consente di mercificare e di rendere oggetto di consenso anche beni afferenti alla sfera personale del soggetto. Ciò con l'evidente limite del nucleo essenziale ed inscalfibile della dignità umana che assurge a paradigma inconculcabile ed insondabile dall'autonomia negoziale. Si tratta di accordi negoziali che appaiono del tutto eccentrici rispetto al settore economico, che toccano interessi della persona, le vite ed i bisogni esistenziali delle persone, le esigenze morali. Si pensi, senza pretesa di esaustività di sorta, a trapianti, fecondazioni assistite, trasfusioni, sperimentazioni terapeutiche, disposizioni anticipate per il fine vita, eutanasia passiva, atti di disposizione del corpo in deroga all'art 5 c.c. Ne deriva che alla luce della progressiva deeconomicizzazione del diritto dei contratti appare una conclusione coerente con tali profili di novità la configurabilità del risarcimento del danno non patrimoniale anche nel caso di inadempimento contrattuale. In ragione degli argomenti enucleati, si può ritenere che il danno non patrimoniale sia risarcibile anche in campo contrattuale¹⁴⁷, senza i limiti che invece conosce in campo aquiliano¹⁴⁸.

Mentre in campo aquiliano, dove non c'è il negozio, la tipizzazione dei danni non patrimoniali non può che discendere dalla legge, che stabilisce e fissa quali siano risarcibili e quali no in applicazione del principio di tipicità scolpito dall'art. 2059 c.c., in campo negoziale, dove vige il principio di autonomia negoziale, la possibilità di porre in essere negozi tipici e di finalizzarli ad interessi anche diversi da quelli considerati dalla legge è un esercizio della libertà negoziale. In particolare, la selezione degli interessi non patrimoniali non è una selezione *ex lege* ma è prodotta necessariamente dall'autonomia negoziale.

Il danno non patrimoniale¹⁴⁹ è quindi risarcibile soprattutto in campo contrattuale, non solo nei casi previsti dalla legge – si pensi ai casi previsti dalla legge in senso puntuale, ai diritti costituzionali, od alle ipotesi di danno non patrimoniale derivante da reato – ma tutte le volte in cui il contratto decida di perseguire la tutela di un interesse non

¹⁴⁷ G. RESTA, *Contratto e persona*, in *Trattato del contratto diretto da Roppo*, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, Milano, 2006, 74 ss.; Id., *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014, 97 ss., 123 ss., con specifico riferimento ai profili successori.

¹⁴⁸ M. R. MARELLA, *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile nei danni non patrimoniali da inadempimento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013, 36; C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 471 s.

¹⁴⁹ E. PALMERINI, *Il danno da vacanza rovinata e le altre fattispecie tipizzate*, in *Navarretta (a cura di), I danni non patrimoniali*, cit., 475 ss. e di CGUE, 12 marzo 2002, causa C-168/00, in questa *Giur. It.*, 2002, 360, con nota di Guerinoni.

patrimoniale attraverso la selezione negoziale di un interesse di carattere non patrimoniale. In questo senso la tipizzazione in un sistema basato sull'autonomia degli interessi non patrimoniali e quindi dei danni risarcibili, è una tipizzazione che spetta all'autonomia privata attraverso la causa concreta.

Si tratta delle ipotesi che nei casi di scuola vengono ricondotte ai contratti nuziali, come ad esempio i contratti di viaggio, od ai contratti che abbiano per oggetto beni che vengono affidati in custodia, che hanno un valore di affezione che viene reso noto alla parte che li assume in custodia: sono tutti accordi che hanno per oggetto beni e valori esistenziali, che afferiscono alla sfera del tempo libero, al godimento della vita domestica, e che in ultima analisi afferiscono a beni che hanno valore di affezione. In tutti questi casi, il filtro non lo fa la legge ma l'autonomia negoziale e sarà poi il giudice a verificare se risarcire il danno non valutando se la legge considera questi beni risarcibili, ma verificando se la causa del contratto è ragionevole, se l'autonomia negoziale nel selezionare questi interessi sia sorretta da una causa ragionevole, adeguata, appropriata, vagliando la meritevolezza dell'interesse perseguito dall'autonomia negoziale in base all'art. 1322 c.c. ed al principio di causalità. Infine, occorrerà poi valutare se il danno sia un danno causale e se il pregiudizio sia significativo.

Se è vero che il danno non patrimoniale è risarcibile anche in campo contrattuale, senza il limite della legge e quindi in modo legalmente atipico in quanto la tipizzazione spetta all'autonomia negoziale ed il giudice dovrà controllare la ragionevolezza dell'autonomia negoziale in applicazione di un filtro selettivo, la causalità, l'essenza non bagatellare del pregiudizio, è pur vero che dobbiamo distinguere due tipologie di danni non patrimoniali contrattuali.

Da un lato occorre prendere in considerazione il danno derivante dall'inadempimento di un contratto, che abbia come scopo la tutela di quell'interesse non patrimoniale.¹⁵⁰ Si pensi alle innumerevoli ipotesi del contratto sanitario, del contratto di viaggio e del contratto per la preservazione di un bene che si nutre di un valore affettivo. Nelle ipotesi

¹⁵⁰ M. FRANZONI, *Il danno risarcibile*, Milano, 2010; E. NAVARRETTA-D. POLETTI, *I danni non patrimoniali*, Milano, 2004, 59 ss.; G.B. PETTI, *Il risarcimento del danno non patrimoniale e patrimoniale*, Torino, 1999. Sotto il vigore del codice abrogato, in dottrina, A. DALMARTELLO, *Danni morali contrattuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1933, 53, e, in giurisprudenza, Trib. Milano, 12 giugno 1909, in *Giur. it.*, 1909, I, 1, 583, per una fattispecie di responsabilità di una clinica ritenuta colpevole del suicidio di un paziente con ritardo mentale e conseguente liquidazione dei danni morali alla famiglia sul presupposto della prevedibilità del danno.

applicative considerate la selezione dell'interesse e del danno spettano all'autonomia negoziale, per cui non è possibile la tipizzazione legale.

Dall'altro lato occorre considerare le ipotesi in cui l'inadempimento soggiace al regime contrattuale come responsabilità, ma si tratta di una obbligazione di protezione che integra quella di prestazione. Si pensi al caso dell'installatore della caldaia che mentre viene a casa è disattento e rompe un vaso che ha un valore di affezione enorme. Nell'ipotesi prospettata viene leso un valore affettivo che non è però oggetto della tutela contrattuale, ma è stato leso nell'occasione dell'esecuzione dell'accordo negoziale. In sintesi, è violato un obbligo di protezione che produce una lesione non patrimoniale.

Si pensi ancora al caso di un contatto sociale, sprovvisto di un primario obbligo di prestazione: ciò che accade, ad esempio, nell'ipotesi dell'attività di mediazione, per cui il mediatore non è obbligato contrattualmente verso le parti, però se nel corso della visita di un appartamento rompe un oggetto che ha valore affettivo, risponde anche di tale valore pur essendo responsabile solo per contatto sociale.

Alla luce delle considerazioni svolte, si deve operare una scissione tra i due piani: da un lato, il contratto che ha come scopo la protezione di un interesse non economico, che ha come causa concreta la tutela, la soddisfazione dell'interesse non patrimoniale; dall'altro lato, la responsabilità contrattuale che produce danno a un interesse non economico non contrattualizzato ed estraneo al fine del contratto: ciò è vero sia nel caso di obbligo di protezione che integra quello di prestazione, sia nel caso di obblighi di sola protezione, come nel caso del contatto sociale. Mentre nel primo caso l'impegno programmatico era la tutela del bene non patrimoniale, nel secondo e nel terzo caso il rimedio è costituito dalla responsabilità per inadempimento da contatto sociale o da inadempimento di obblighi di protezione mentre il bene leso è un bene di natura aquiliana. Non è un bene a cui il contratto mira ma un bene tutelato *erga omnes* dalla legge, per cui in questo senso il pregiudizio non è da violazione di un impegno programmatico, ma da lesione di un bene della vita che prescinde dal programma e che è tutelato dall'ordinamento indipendentemente dalla sua contrattualizzazione.

In conclusione, appare opportuno operare un distinguo. Da un lato il caso del danno non patrimoniale¹⁵¹ quando il contratto è finalizzato alla tutela di quello specifico bene ed è

¹⁵¹ DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1979, I, 127; G. RUSSO, *Concorso dell'azione aquiliana e contrattuale nel contratto di trasporto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, 971;

risarcibile senza tipizzazione legislativa perché la tipizzazione la fa l'autonomia negoziale. Dall'altro lato, quando invece parliamo di contatto sociale o obblighi di protezione integrativi di quelli di prestazione, quando viene lesa un interesse estraneo al programma contrattuale, la selezione dei beni non patrimoniali e dei danni da risarcire la deve fare la legge, in applicazione di una tecnica di tipizzazione legislativa e scolpita nell'art. 2059 c.c.

La configurabilità di una pretesa risarcitoria avente ad oggetto il danno non patrimoniale¹⁵² in caso di inadempimento di un rapporto obbligatorio consente di evidenziare in apertura di tale secondo capitolo l'inquadramento sistematico del problema di fondo che si va esaminando¹⁵³.

Come la clausola del risarcimento del danno non patrimoniale¹⁵⁴ gode uno statuto elastico tale da consentirne la piena tutela anche in caso di responsabilità contrattuale, anche la conformazione della trasparenza in senso soggettivo evocata dal Codice del consumo e dalla legislazione speciale in tema di contrattazione bancaria – *sub specie* di chiarezza, comprensibilità ed accessibilità della clausola contrattuale unilateralmente posta – si compone non di norme di fattispecie ma ad antecedente logico aperto capaci di conformare ed arricchire la disciplina codicistica del contratto ed in particolare quella delle condizioni generali di contratto di cui all'art. 1341 c.c. Il problema che si cercherà di risolvere è quello di verificare se la conoscenza e la conoscibilità cui fa riferimento l'art. 1341 c.c. non sia da intendere solo come consapevolezza dell'esistenza ma anche come possibilità di accesso al contenuto della clausola e quindi possibilità di apprensione del suo significato in base ad una lettura sistematica dell'art. 34 Cod. cons.

In una logica di parallelismo con la rappresentata evoluzione dell'art. 2059 c.c., si approfondirà la tematica concernente l'estensibilità dello statuto della trasparenza

¹⁵² In argomento, G. CIAN, *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione*, in Riv. dir. civ., 1968, 201 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto e le tutele*, in Id. (a cura di), *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 470.

¹⁵³ Né può trascurarsi di considerare, infine, in un panorama di diritto sovranazionale, che i recenti progetti di diritto europeo dei contratti sono espliciti nel riconoscere la risarcibilità del pregiudizio non patrimoniale nello specifico contesto contrattuale. In particolare, l'art. 9 dei Principi di diritto europeo dei contratti stabilisce che il danno di cui può essere domandato il risarcimento comprende: a) il danno non patrimoniale; b) il danno futuro ragionevolmente prevedibile. A mente dell'art. 7.4.2 dei Principi Unidroit, il danno «può essere di natura non pecuniaria e comprendere la sofferenza fisica e morale». In argomento, C. SCOGNAMIGLIO, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, 467.

¹⁵⁴ *Contra v. M. COSTANZA, Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in Riv. crit. dir. priv., 1987, 128, secondo cui, non potendo applicarsi l'art. 2059 c.c., l'individuazione dei limiti alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento deve fondarsi sulle stesse norme dettate in materia di obbligazioni.

consumeristica alla disciplina delle condizioni generali di contratto, garantendone una tutela più marcatamente soggettiva.

2. La tutela eminentemente formale prevista dal legislatore in materia di condizioni generali di contratto ex art. 1341 c.c.

In tale seconda parte dell'elaborato si condurrà un'indagine volta ad analizzare attentamente la particolare conformazione del giudizio di vessatorietà delle clausole c.d. onerose alla luce della disciplina contenuta sia nel Codice civile¹⁵⁵ del 1942 sia in quella specialistica del Codice del consumo.

Come sopra ampiamente illustrato, il Legislatore nazionale italiano gode del riconoscimento di un assoluto primato per aver inserito nella disciplina generale del contratto le disposizioni relative alla contrattazione per adesione¹⁵⁶. Il sistema così approntato dal Legislatore nazionale del 1942 risulta fondarsi sul principio generale di uguaglianza formale tra le parti del contratto, il quale si riflette sulla disciplina in esame. In particolare, con riguardo alla prima delle norme del Codice civile dedicate alla

¹⁵⁵ Ci si riferisce alle «condizioni generali di contratto» o «contratti di adesione». La giurisprudenza equipara tali locuzioni ritenendo che, nonostante la diversità delle rubriche degli artt. 1341 e 1342 c.c., essi disciplinino lo stesso fenomeno, come emerge dalla terminologia utilizzata, in larga parte coincidente. In relazione ai contratti di adesione e agli abusi connessi alla loro diffusione nell'ordinamento giuridico spagnolo V. L. DIEZ PICAZO, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, V ed., Vol. 1, Madrid, 1996, 350.

¹⁵⁶ La giurisprudenza qualifica «per adesione» quei contratti predisposti unilateralmente da un contraente e destinati a regolare in modo uniforme una serie indefinita di rapporti, sia dal punto di vista sostanziale – laddove le clausole siano predisposte da un contraente che espliciti attività contrattuale all'indirizzo di una pluralità indifferenziata di soggetti – sia dal punto di vista formale – ove, dato l'utilizzo di moduli o formulari, il contenuto delle clausole sia predeterminato. Sul punto v., ex multis, Cass., 15 aprile 2015, n. 7605 e Cass., 14 aprile 2016, n. 7403 in *DeJure on line*. Più recentemente, Cass., 19 marzo 2018, n. 6753, ivi, che evidenzia che «possono qualificarsi come contratti "per adesione", rispetto ai quali sussiste l'esigenza della specifica approvazione scritta delle clausole vessatorie, soltanto quelle strutture negoziali destinate a regolare una serie indefinita di rapporti, tanto dal punto di vista sostanziale (se, cioè, predisposte da un contraente che espliciti attività contrattuale all'indirizzo di una pluralità indifferenziata di soggetti), quanto dal punto di vista formale (ove, cioè, predeterminate nel contenuto a mezzo di moduli o formulari utilizzabili in serie), mentre esulano da tale categoria i contratti predisposti da uno dei due contraenti in previsione e con riferimento ad una singola, specifica vicenda negoziale, rispetto ai quali l'altro contraente può, del tutto legittimamente, richiedere ed apportare le necessarie modifiche dopo averne liberamente apprezzato il contenuto, nonché, a maggior ragione, quelli in cui il negozio sia stato concluso a seguito e per effetto di trattative tra le parti».

regolamentazione del contratto per adesione, segnatamente l'art. 1341 c.c.,¹⁵⁷ si pone a carico del predisponente unilaterale del regolamento contrattuale un rimedio di carattere meramente formale al fine di evitare la declaratoria di inefficacia della singola clausola c.d. vessatoria¹⁵⁸: infatti, tale disposizione consacra l'onere della doppia sottoscrizione per iscritto da parte del contraente aderente volto ad evitare che la singola clausola onerosa, rientrante tra quelle tipizzate all'art. 1341 comma 2 c.c., venga espunta dall'*alveus* del regolamento contrattuale. La tutela così approntata dal Legislatore del 1942 si mostra in tutta la sua dimensione formale: solo attraverso l'assolvimento di tale onere si eviterà la caducazione della clausola, e ciò, si badi, a prescindere dal contenuto della singola clausola e dalla qualificazione soggettiva delle parti del regolamento contrattuale. Con riguardo al primo comma della citata disposizione, il Legislatore ha previsto che «le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle utilizzando l'ordinaria diligenza»¹⁵⁹. È necessario evidenziare, in via di ulteriore precisazione, come tale norma incarni una precisa scelta di campo del Legislatore italiano il quale ha preso posizione mediante la predisposizione di una disciplina volta alla tutela del contraente aderente, la cui sfera di libertà negoziale risulta nettamente compressa stante il deciso limite alla fase delle trattative imposto da tale modalità di contrattazione. Assumendo la prospettiva del contraente predisponente – ovverosia, è utile precisarlo, la parte nel negozio che ha unilateralmente predisposto la singola clausola negoziale – su quest'ultimo grava l'onere di rendere conoscibile, secondo le modalità che appaiano più idonee alla stregua del singolo caso concreto, il contenuto della singola clausola onerosa. Per contro, ribaltando la prospettiva di indagine ed assumendo l'angolo di visuale del contraente aderente, egli è gravato dell'onere di accertarne il contenuto, nei limiti del paradigma della diligenza dell'uomo medio *eiusdem condicionis et professionis*. In questo contesto si colloca

¹⁵⁷ Cass. civ. sez. II, 30/06/2021, n.18550, sul punto ha stabilito che in materia contrattuale le caparre, le clausole penali ed altre simili, con le quali le parti abbiano determinato in via convenzionale anticipata la misura del ristoro economico dovuto all'altra in caso di recesso o inadempimento, non avendo natura vessatoria, non rientrano tra quelle di cui all'art. 1341 c.c. e non necessitano, pertanto, di specifica approvazione.

¹⁵⁸ Si veda G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, IV, t, 2, Torino, 1980, 146 ss.

¹⁵⁹ G. MIRABELLI, op. ult. cit., p. 138, ritiene che l'onere di conoscibilità incombente sul predisponente sia preliminare a quello che grava sull'aderente.

l'annosa e dibattuta questione relativa all'individuazione della ragione giustificatrice¹⁶⁰ della disciplina in esame: a parere di chi scrive, a chi ritiene che tale disposizione svolga una funzione protettiva del contraente debole, sulla base della ritenuta applicabilità della disciplina in esame, anche con riguardo a rapporti caratterizzati da una sostanziale "parità delle armi" in termini di forza economica e potere contrattuale, appare più coerente con l'argomento letterale replicare che l'interpretazione della disciplina debba prescindere dall'applicazione di un filtro fondato sulla debolezza del contraente aderente¹⁶¹. Ne segue che qualora le clausole unilateralmente poste non siano conosciute dal contraente aderente e non siano da quest'ultimo conoscibili senza uno sforzo conoscitivo che superi i limiti dell'ordinaria diligenza, esse saranno espunte in via definitiva da regolamento contrattuale. Ne consegue dunque che l'obiettivo perseguito dal legislatore nella predisposizione di tale disciplina coincide con l'attuazione del principio di effettività della contrattazione.

Con riferimento al secondo comma dell'art 1341 c.c., il Legislatore ha previsto un'elencazione dai più considerata tassativa e insuscettibile di applicazione analogica, contenente un serie di clausole onerose speciali che in quanto vessatorie sono da qualificarsi come inefficaci, salvo che intervenga una specifica approvazione per iscritto da parte dell'aderente.¹⁶² Con specifico riguardo a tale disposizione,¹⁶³ le pronunce più

¹⁶⁰ V. MARICONDA, *Sub art. 1341 c.c.*, in G. ALPA e V. MARICONDA (a cura di), *Codice dei contratti commentato*, Milano, 2017, 97.

¹⁶¹ In dottrina vi è chi ritiene che l'art 1341 c.c. debba essere interpretato nella prospettiva della tutela della parte debole del contratto v. E. CÉSARO, *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, Padova, 1997, 75 ss. Altri autori invece non condividono tale impostazione, v. V. RIZZO, *Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli 1994, 495, il quale partendo dal presupposto che la disciplina si applica anche ai rapporti in cui vi sia una sostanziale parità di forza economica e contrattuale delle parti, sostiene che l'interpretazione non deve basarsi sul filtro del contraente debole. V. S. ORLANDO, *Sub art. 1341*, in G. Bonilini e M. Confortini, *Codice civile commentato*, Milano, 2012, 2948, il quale precisa che la principale finalità della norma non è di tutelare la parte debole del contratto, ma è di garantire che le clausole vessatorie siano oggetto di contrattazione e di approvazione tra i contraenti.

¹⁶² A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, 56 ss.; P. PERLINGIERI, *Appunti sull'inquadramento della disciplina del c.d. condizioni generali di contratto*, in *Atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania 17-18 maggio 1969*, Milano, 1970, 21 ss.

¹⁶³ In merito alla tassatività delle clausole di cui al secondo comma dell'art. 1341 c.c., la giurisprudenza, pur incline ad una interpretazione estensiva della norma, è costante nel ritenere l'elenco tassativo. Da ultimo la tassatività viene ribadita dalla Corte di Cassazione nella sentenza, Cass., 17 ottobre 2008, n. 25361, in *DeJure on line*. Nel caso sottoposto al vaglio della Suprema Corte, la stessa, ha escluso il carattere vessatorio della clausola di reviviscenza contenuta nell'atto di fidejussione ribadendo il carattere tassativo dell'art. 1341 c.c. ed affermando che «La clausola in questione, pur inserita in un modulo contrattuale di serie, non può dirsi vessatoria, previa riconduzione all'elenco tassativo di cui al secondo comma, nel novero delle limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni» in quanto la portata della clausola «non è affatto quella di inibire l'eccezione di pagamento da parte del debitore principale (come avviene ad esempio per le garanzia "a prima richiesta", salvo il limite dell'exceptio doli); bensì, di identificare l'oggetto dell'obbligazione fidejussoria come tuttora riferibile

recenti della giurisprudenza di merito guardano con estremo favore l'interpretazione dell'elencazione tassonomica in forma estensiva, pur tuttavia mostrando un'assoluta presa di posizione sul carattere tassativo della norma. Si pensi al caso, relativamente recente, in cui la Suprema Corte non ha qualificato come vessatoria la clausola c.d. di reviviscenza contenuta nel contratto di fideiussione: la categoria delle condizioni generali di contratto che appongono limiti alla facoltà di opporre eccezioni non comprende la clausola in esame, in quanto essa non è diretta a porre limiti all'opponibilità dell'eccezione di pagamento da parte del debitore, quanto piuttosto ad individuare l'oggetto dell'obbligazione fideiussoria come attualmente riferibile al rapporto principale, rilevato che esso non si è definitivamente estinto con un pagamento valido ed irrevocabile. Ne deriva pertanto che, con riferimento all'elencazione contenuta nel secondo comma dell'art. 1341 c.c., oltre all'accettazione del regolamento contrattuale nel suo complesso, occorre altresì il soddisfacimento dell'onere della specifica approvazione per iscritto.¹⁶⁴ Il sopra esposto onere di natura formale prescinde totalmente da qualsivoglia valutazione soggettiva delle parti contraenti. Come debitamente riportato nell'analisi dell'evoluzione storica dell'istituto delle c.d. condizioni generali di contratto, l'impostazione prevalente in dottrina ed in letteratura fonda l'onere di specifica sottoscrizione delle condizioni generali di contratto vessatorie sul principio della separatezza: occorre cioè che il predisponente provveda all'esatta individuazione delle stesse al fine di consentirne la loro specifica sottoscrizione da parte del contraente aderente. In base a tale criterio, come di recente affermato dalla Suprema Corte, il richiamo cumulativo numerico e l'indiscriminata sottoscrizione di tutte o della maggior parte delle condizioni generali di contratto, solo alcune delle quali vessatorie, non soddisfa pienamente l'onere di specifica approvazione.¹⁶⁵ Ciò in quanto la norma in

al rapporto principale, posto che questo non si è definitivamente estinto con un pagamento valido ed irrevocabile. Questa corte ha già affermato (Cass., sez. I, 8 febbraio 2008, n. 3011) che la clausola in questione è destinata ad operare proprio quando l'adempimento sia stato dichiarato inefficace; e quindi su un piano diverso da quello della limitazione dell'ordinaria eccezione di pagamento. Non è dunque applicabile estensivamente ad essa la disciplina di cui all'art. 1341 c.c., né tanto meno consentita l'affermazione di vessatorietà in via analogica, data la natura eccezionale della norma».

¹⁶⁴ V., ex multis, Cass., 20 marzo 2010, n. 6802, in *DeJure online*.

¹⁶⁵ Al riguardo, recentemente, la Suprema Corte ha affermato che «la sottoscrizione in calce con un'unica firma di tutte le clausole contrattuali in blocco, identificate con il numero dell'articolo da 1 a 17, includenti anche clausole non vessatorie, atteso il consolidato principio di diritto enunciato da questa Corte secondo cui l'esigenza di specificità e separatezza imposta dall'art. 1341 c.c., non è soddisfatta mediante il richiamo cumulativo numerico e la sottoscrizione indiscriminata di tutte o di gran parte delle condizioni generali di contratto, solo alcune delle quali siano vessatorie, atteso che la norma richiede, oltre alla sottoscrizione separata,

esame impone, oltre che la sottoscrizione separata delle clausole onerose, anche l'utilizzo di una tecnica redazionale che consenta al contraente aderente di cogliere il significato delle singole clausole, sia sul piano degli effetti giuridici sia sul piano delle conseguenze economiche.

Immediatamente successiva alla norma sopra considerata, l'art 1342 c.c.¹⁶⁶ regola l'inserimento delle condizioni generali di contratto all'interno di contratti conclusi mediante lo strumento dei moduli e dei formulari debitamente sottoscritti dalle parti. Sul punto la norma dispone che, nell'ipotesi di incompatibilità, le clausole aggiunte al contenuto del modulo o del formulario prevalgono rispetto a quelle in esso contenute: ciò, quand'anche le clausole originarie non siano state cancellate.

Riflettendo sulla *ratio* della disposizione per ultima esaminata, è da rilevarsi che la clausola aggiunta – almeno in via meramente presuntiva – sia stata oggetto di una specifica trattativa tra i contraenti ed è proprio l'esistenza di una tal forma di contrattazione effettiva sulla singola clausola a giustificarne sul piano sostanziale la prevalenza con l'originaria condizione generale di contratto con essa incompatibile. Tuttavia, è opportuno precisare che la regola fissata dalla disposizione in esame non esclude – anzi, presuppone – l'onere di interpretazione delle condizioni generali di contratto conformemente alla serie di innumerevoli accordi che compongono il regolamento negoziale. Il secondo comma dell'art. 1342 c.c. fa salva espressamente l'applicazione della disciplina sulle clausole vessatorie previste dalla norma precedente e delle relative conseguenze applicative – nel senso dell'inefficacia – in assenza di specifica approvazione per iscritto. Ne deriva che, anche nella contrattazione per adesione attuata

la scelta di una tecnica redazionale idonea a suscitare l'attenzione del contraente debole sul significato delle clausole, a lui sfavorevoli, comprese tra quelle specificamente approvate», Cass., sez. VI, 6 dicembre 2017, n. 29268, in *DeJure on line*. Cfr. Cass., 31 ottobre 2016, n. 22026, *ivi*, che ribadisce «L'esigenza di specificità e separatezza imposta dall'articolo 1341 c.c. non può ritenersi soddisfatta mediante il richiamo cumulativo numerico e la distinta sottoscrizione di gran parte delle condizioni generali di contratto, effettuato con modalità tali da rendere difficoltosa la selezione e la conoscenza di quelle a contenuto vessatorio, in quanto la norma richiede non solo la sottoscrizione separata ma anche la scelta di una tecnica redazionale idonea a suscitare l'attenzione del sottoscrittore sul significato delle clausole specificamente approvate». Cfr. Cass., 31 ottobre 2016, n. 22026, *ivi*, in cui si ribadisce l'orientamento della Suprema Corte in merito alla necessaria idoneità della tecnica redazionale utilizzata per le clausole vessatorie a suscitare l'attenzione del sottoscrittore affinché si possa affermare la specifica approvazione per iscritto delle stesse. Cfr. Cass., 29 febbraio 2008, n. 5733, *ivi*.

¹⁶⁶ Tuttavia, va tenuto in considerazione che la prevalenza dei patti aggiunti consacrata dall'art. 1342 c.c. non può prescindere dalla necessità di interpretare le condizioni generali in modo conforme al complesso di accordi che compongono il regolamento del singolo contratto. Ciò in quanto, come rilevato da autorevole dottrina, cfr. V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Camerino-Napoli, 1983, 253 ss. «gli accordi individuali non esistono di per se stessi ma sono in genere formulati in modo da raccordarsi, in maniera esplicita o implicita, con le condizioni generali, quando non siano addirittura rivolti ad apportare ad esse delle modificazioni».

mediante il ricorso a moduli o formulari, sarà escluso il carattere vessatorio delle singole condizioni che rientrino nell'elencazione tipizzata dal legislatore qualora non sia soddisfatto il requisito della specifica approvazione per iscritto.

Delineati in breve i tratti essenziali delle disposizioni centrali del Codice del 1942 che il Legislatore ha dedicato alla contrattazione per adesione, si può in linea di principio trarne la conclusione per cui esse trovano applicazione a prescindere dal soddisfacimento di un requisito soggettivo dipendente dalla qualifica delle parti del contratto: pertanto, le disposizioni sopra analizzate troveranno applicazione con riferimento ad una vasta gamma di accordi negoziali: quelli stipulati tra due imprese, tra due consumatori, tra un professionista ed un consumatore, e financo con riferimento ai contratti in cui è parte la p.a.¹⁶⁷ È fondamentale ribadire, in tale contesto, che la tutela approntata dal legislatore con tali norme ha una natura meramente formale, i cui capisaldi sono da ricondurre alla conoscibilità delle condizioni generali contratto unilateralmente poste dal contraente predisponente ed all'onere della specifica approvazione per iscritto delle singole clausole onerose che rientrino nell'elenco tassativo di cui all'art. 1341 comma 2 c.c. Alla luce delle rassegnate conclusioni contenute nel primo capitolo della presente trattazione, tale disciplina ha mostrato evidenti segnali di frizione con l'attuale andamento del mercato non solo interno ma anche europeo. Tra i limiti riconducibili a tale forma di tutela, si evidenzia come la normativa in esame ha costretto l'aderente in una posizione di debolezza collegata alla predisposizione unilaterale di regolamenti contrattuali che risultano inesplorati – ed *a fortiori* inesplorabili – da parte del contraente oblatore che non sia dotato di conoscenze settoriali e specialistiche. Si assiste, dunque, ad una sorta di metamorfosi dell'aderente il quale, da parte contrattuale individualizzata in un mercato certamente non a vocazione sovranazionale, entra a far parte di una sovrastruttura a vocazione economica – la contrattazione di massa – rispetto alla quale la disciplina a carattere formale sopra analizzata si mostra in tutta la sua fragilità. A più riprese si è affermato in letteratura come l'impianto rappresentato dagli artt. 1341 e 1342 c.c. risulti scarsamente idoneo¹⁶⁸ a garantire una tutela di tipo pregnante, stante la sua incapacità di

¹⁶⁷ V. M. DONA, *Consumatori oggi tra liberalizzazioni e class-action*, in *Atti del Premio Vincenzo Dona*, 2007, Milano, 2008, 150.

¹⁶⁸ Cfr. V. RIZZO, *La disciplina del Codice civile sulle condizioni generali di contratto e la tutela dell'aderente-consumatore: sua insufficienza*, in P. Perlingieri e E. Caterini (a cura di), *Il diritto dei consumi*, Napoli, 2004, p. 54.

garantire l'effettività e la consapevolezza del consenso dell'aderente. Non va esente da critiche nemmeno il rimedio formale della specifica approvazione per iscritto delle condizioni generali di contratto c.d. vessatorie, previsto dal legislatore ai sensi dell'art. 1341 comma 2, in quanto, nella prassi, lo squilibrio conoscitivo intercorrente tra le parti del rapporto consente frequentemente al predisponente di ottenere una doppia sottoscrizione riferita a clausole, soprattutto quelle vessatorie, che il contraente aderente tendenzialmente nemmeno legge e rispetto alle quali tendenzialmente non vanta quella forza contrattuale che ne consenta una modificazione. Ciò contribuisce a legittimare l'inserimento di clausole vessatorie nel regolamento contrattuale, contraddicendo la finalità stessa della disciplina in esame volta a garantire la contrattazione effettiva tra le parti. In diverse e risalenti pronunce di legittimità, la Suprema Corte ha ritenuto soddisfatto l'onere formale della conoscibilità fissato dal comma 1 dell'art. 1341 c.c. per il sol fatto della disponibilità materiale del regolamento contrattuale da parte dell'aderente, nonostante esso richieda un notevole sforzo conoscitivo tenuto conto della oggettiva complessità e dei rigidi tecnicismi che presiedono la formazione delle suddette clausole.

Sviluppando l'argomento sul piano dell'onere della prova¹⁶⁹, ciò imporrà al contraente predisponente di provare di avere adottato tecniche di contrattazioni tali da consentire alla controparte di prendere atto del contenuto della clausola; per contro, il contraente aderente dovrà tenere una condotta conforme allo standard medio di diligenza, tale per cui egli sarà gravato di un onere di attivarsi nei limiti del sacrificio apprezzabile al fine di conoscere il contenuto delle singole clausole. Tali considerazioni acquistano notevole rilevanza se applicate concretamente alla contrattazione relativa alle c.d. utenze

L'A. evidenzia l'inidoneità del sistema delineato dagli artt. 1341 e 342 c.c. ad assicurare una tutela effettiva «non riuscendo neanche a garantire l'effettività e la consapevolezza del consenso dell'aderente. Lo strumento della specifica approvazione, d'altra parte, come più efficace strumento di protezione, si rivela bene presto illusorio riuscendo il predisponente sempre ad imporre una seconda firma su un documento che l'aderente abitualmente non legge e che comunque, in genere, non riesce a modificare, producendo, paradossalmente, un effetto di "legittimazione" della pratica delle clausole vessatorie». L'A. così evidenzia la necessità dell'impiego di «controlli sostanziali e di un giudizio di meritevolezza del contenuto con la possibilità di fare riferimento a principi (anche costituzionali) e a clausole generali (quali la buona fede, l'equità e l'ordine pubblico) idonei a garantire un regolamento equo sotto il profilo contenutistico e all'attivazione, da altro lato, di controlli collettivi che assumano ad oggetto, non tanto il contratto già concluso, ma le condizioni generali prima, o comunque, a prescindere dalla conclusione di specifici contratti e, dunque, piuttosto l'attività (dell'impresa) che i singoli "atti"».

¹⁶⁹ Cass. 30 novembre 1950, n. 2672, in *DeJure on line*.

telefoniche¹⁷⁰, rispetto alle quali i giudici di legittimità hanno chiarito come le condizioni generali di contratto che appaiono *prima facie* non intelleggibili sotto il profilo formale, esse acquistano il carattere della validità qualora vengano sottoscritte dal contraente aderente senza che quest'ultimo provveda a richiederne una copia che ne garantisca l'esatta comprensione. È quanto ha recentemente sottolineato la Suprema Corte con riferimento ad una condizione generale di contratto avente ad oggetto una deroga alla competenza territoriale, inserita in contratto concluso attraverso moduli e formulari ai sensi dell'art. 1342 c.c. Dopo averla qualificata come vessatoria ai sensi e per gli effetti dell'art. 1341 comma 2 c.c., i Giudici della Suprema Corte hanno precisato che, nell'ipotesi di scarsa intelleggibilità formale di tali clausole – da ricollegarsi ad un difetto formale del modulo o formulario utilizzato o in ragione del carattere eccessivamente ristretto dei segni grafici – il contraente può legittimamente vantare il diritto ad ottenere una copia leggibile. Tuttavia, qualora tale pretesa non venga fatta valere, il relativo difetto di natura formale non può esser fatto valere attraverso alcun tipo di rimedio.

Spostando l'indagine verso la fisionomia dell'elenco tassonomico e tassativo delle c.d. condizioni generali di contratto vessatorie nell'orbita dell'interpretazione dei giudici di merito e di legittimità, si evidenzia una lettura molto restrittiva¹⁷¹ di tale secondo comma dell'art. 1341 comma 2. Nello specifico, come sopra visto con riferimento ai caratteri generali delle condizioni generali di contratto ex art. 1341 c.c., la Suprema Corte ha adottato un orientamento conforme al dato letterale – in tal caso rappresentato dalla Relazione del Guardasigilli – che depone a favore dell'esclusione dello strumento dell'interpretazione analogica, consentendo all'interprete di ricorrere esclusivamente allo strumento all'interpretazione estensiva¹⁷². Nell'ammettere la tecnica dell'interpretazione

¹⁷⁰ Emblematica è la recente sentenza Cass., 12 febbraio 2018, n. 3307, in *DeJure on line*, in cui, in relazione ad un contratto di utenza telefonica la Suprema Corte ha stabilito che la clausola vessatoria illeggibile è comunque valida se sottoscritta dal contraente debole senza richiederne una copia leggibile, affermando che «in materia di contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in modo uniforme determinati rapporti, la clausola con cui si stabilisce una deroga alla competenza territoriale ha natura vessatoria e deve essere, ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c., approvata espressamente per iscritto. Qualora la medesima risulti scarsamente o per nulla leggibile, sia perché il modello è in fotocopia sia perché caratteri grafici sono eccessivamente piccoli, il contraente debole può esigere dalla controparte che gli venga fornito un modulo contrattuale pienamente leggibile; ma, ove ciò non abbia fatto, non può lamentare in sede giudiziale di non aver rettammente compreso la portata della suddetta clausola derogatoria».

¹⁷¹ Orientamento, conforme peraltro, alle indicazioni contenute nella Relazione del Guardasigilli, che attribuiva carattere tassativo alla elencazione di cui al comma secondo dell'art. 1341 c.c.

¹⁷² Cass., 3 novembre 1987, n. 8062, in *DeJure on line*, che nel ribadire la tassatività delle ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 1341 c.c., ammette un'interpretazione estensiva delle stesse solo quando l'ipotesi non prevista in detta

estensiva nel contesto delle condizioni generali di contratto vessatorie, la giurisprudenza non ha tuttavia desistito dall'apporti taluni limiti di utilizzo: occorre infatti che l'estensione sia giustificata da un'identità di *ratio* tra la clausola oggetto del giudizio e quella espressamente risultante dall'art. 1341 comma 2 c.c. Secondo autorevoli voci in letteratura tale impostazione, imperniata sul carattere eccezionale della norma in esame e sulla tassatività dell'elenco ivi contenuto, ne ha ridotto in modo rilevante le potenzialità applicative. Oltre a ciò, ad alimentare le forti perplessità sull'effettività della tutela garantita dalla disciplina in esame, vi sono le considerazioni relative al soddisfacimento dell'onere della doppia sottoscrizione teso ad evitare che la singola condizione generale di contratto vessatoria non venga espunta dal contenuto del regolamento contrattuale unilateralmente predisposto del proponente. In particolare, secondo l'orientamento maggioritario sarebbe necessaria un'unica seconda sottoscrizione relativa alla dichiarazione di approvazione delle singole clausole vessatorie in essa richiamate. Dunque, con riferimento al requisito della doppia sottoscrizione, la prima risulta funzionale ad accertare la paternità della suddetta dichiarazione, mentre la seconda sarebbe funzionale a garantire un'effettiva conoscenza delle singole clausole vessatorie da parte dell'aderente. Con riferimento al c.d. richiamo in forma numerica *per relationem* delle clausole vessatorie¹⁷³, seppur con differenti oscillazioni registrate nel corso degli anni negli orientamenti delle Corti, esso è ritenuto ammissibile a condizione che vengano soddisfatti i requisiti di specificità, non potendosi trattare di un mero rinvio generico ed

norma sia accomunata a quelle espressamente contemplate dalla medesima ratio, cioè dall'esigenza di tutela del contraente per adesione in situazioni per lui particolarmente sfavorevoli. Orientamento ribadito più recentemente da Cass. 27 aprile 2007 n. 9646, in *Contratti*, 2007, p. 17; Cass. 23 novembre 2001 n. 14912, *ivi*, 2002, p. 329; Cass., 23 novembre 2001, n. 14912; Cass., 9 luglio 2009, n. 16124 entrambe in *DeJure on line*, ove la Suprema Corte muovendo dalla qualificazione come norma eccezionale della disposizione contenuta nel comma 2 dell'art. 1341 c.c., ribadisce la tassatività dell'elenco ivi inserito.

¹⁷³ Si veda, in particolare, Cass. 11 febbraio 1980, n. 965, in *DeJure on line*, la quale evidenzia che «l'esigenza che il contraente in adesione abbia avuto conoscenza delle clausole onerose e le abbia espressamente approvate si può ritenere soddisfatta quando il contraente, con una specifica dichiarazione, anche predisposta a stampa o dattiloscritta, abbia accettato dette clausole, facendovi riferimento sia pure con la semplice indicazione del numero d'ordine con cui esse sono inserite nel testo»; Cass., 25 agosto 1989, n. 3756, *ivi*, che afferma «Riguardo al problema se può valere, ai fini della seconda sottoscrizione, il richiamo soltanto numerico delle clausole vessatorie, questa Corte conferma il prevalente indirizzo giurisprudenziale, nel senso di considerare valido anche il solo richiamo numerico, purché esso sia non generico e indistinto, ma specifico, essendo sufficiente ciò per ritenere assolto quell'obbligo di approvazione autonoma che presuppone da un lato una apposita sottoscrizione, diversa da quella apposta al contratto, dall'altra l'individuazione, mediante idonea indicazione, delle clausole approvate». E più recentemente, Trib. Reggio Emilia, 7 luglio 2017, n. 718, *ivi*, che dispone che «In caso di condizioni generali di contratto, l'obbligo della specifica approvazione per iscritto a norma dell'art. 1341 c.c. della clausola vessatoria è rispettato anche nel caso di richiamo numerico a clausole, onerose e non, purché non cumulativo»

indifferenziato. Oltre a ciò, è stato ripetutamente evidenziato come tale richiamo non possa risolversi in un mero rinvio cumulativo ad un complesso di clausole unilateralmente poste avente contenuto eterogeneo, in parte vessatorie ed in parte non onerose. Con riferimento all'istituto delle condizioni generali di contratto nell'orbita delle pronunce di merito e di legittimità, la dottrina si è spinta nella formulazione di talune riserve atte a metterne in luce rilevanti problematicità¹⁷⁴ che hanno dato la stura alla genesi della disciplina posta dal legislatore comunitario, che – giova fin da subito rammentarlo – si fonda su una forma di tutela che segue logiche sostanziali. Come sopra accennato, può verificarsi in concreto che il contraente aderente si limiti a sottoscrivere la dichiarazione che rinvii alle singole clausole onerose, senza maturare una piena consapevolezza circa il contenuto e l'effettiva portata. Ciò premesso, si è evidenziato come anche il contraente aderente che vanta una spiccata capacità di indagine difficilmente potrà ottenere una modifica di tali condizioni unilateralmente poste; per di più, quand'anche egli rinunciasse all'adesione a tale programma contrattuale, l'aderente difficilmente potrebbe contare su modelli standard che presentino clausole essenzialmente differenti. Ciò ha messo certamente in evidenza tutte le perplessità connesse ad una tutela che si rivela essenzialmente formale¹⁷⁵, non impedendo per tal via l'inserimento nel contratto standard di clausole significativamente onerose. Alla luce di tali considerazioni, pare invece che

¹⁷⁴ Al riguardo osserva V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 910 ss. «È facile che l'aderente, di fronte alla formula che richiama le clausole onerose, firmi meccanicamente senza leggerle e valutarle. Anche ammesso che le legga, le valuti e le contesti, ben difficilmente ne otterrà la modifica dal predisponente: se è molto tenace e orgoglioso, potrà rinunciare al contratto e rivolgersi a un altro fornitore; ma è facile che ovunque vada, egli s'imbatta nelle stesse condizioni standard, di fatto non modificabili. Quella dell'art. 1341 è, in definitiva, una protezione formale e non sostanziale: non impedisce che nei contratti predisposti entrino clausole svantaggiose per gli aderenti, parte debole del rapporto». In relazione alla disciplina dei contratti del consumatore l'A. evidenzia che essa «offre una tutela sostanziale, in questo senso: le clausole unilateralmente predisposte che, per il loro contenuto, aggravano in modo notevole la posizione dell'aderente, sono senz'altro non vincolanti per l'aderente stesso, a prescindere da qualsiasi dato formale (siano conosciute o meno, conoscibili o meno, approvate per iscritto o meno)». Del medesimo avviso è R. LANZILLO, *La proporzione fra le prestazioni. Corso di diritto civile*, Padova, 2003, 79 ss. «In tema di condizioni generali di contratto gli artt. 1341 e 1342 hanno previsto - come unica garanzia contro l'eventuale lesività non solo e non tanto del prezzo, quanto delle clausole predisposte da uno dei contraenti e della complessiva regolamentazione che ne deriva - il solo diritto dell'aderente di essere posto in condizione di venire a conoscenza (art. 1341, comma 1). L'eventuale esosità del corrispettivo non è neppure menzionata, mentre la protezione contro le clausole eccessivamente onerose è stata affidata ad un adempimento meramente formale (la specifica approvazione scritta di cui all'art. 1341, comma 2). Trattasi di protezione del tutto insufficiente, non avendo l'interessato alcuna possibilità di modificare o di eliminare le clausole particolarmente gravose, com'è ora previsto dalla disciplina dei contratti dei consumatori (art. 1469 bis ss. c.c.)».

¹⁷⁵ Si veda G. ALPA, M. BESSONE e C.M. BIANCA, *I contratti Standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1991 e C.M. BIANCA, *Le condizioni generali di contratto*, Milano, 1981.

la tutela approntata dal Legislatore comunitario con la Dir. 93/13/CEE¹⁷⁶, attuata nell'ordinamento italiano e successivamente trasposta nel Codice del Consumo con il d.lgs. 205/2006, sia funzionale a garantire al consumatore una tutela ispirata a logiche di natura sostanziale. Infatti, come emergerà nel prosieguo della trattazione, le clausole unilateralmente poste dal contraente professionista, e destinate ad incidere in modo significativo sul contenuto economico e normativo del contratto determinando un consistente aggravio alla posizione dell'aderente¹⁷⁷, sono *ipso facto* inefficaci, a prescindere da qualsivoglia requisito di conoscenza o conoscibilità o di specifica approvazione per iscritto che ricordi – anche lontanamente – la disciplina di natura formale delle c.d. condizioni generali di contratto dell'art. 1341 c.c. Anche le interpretazioni restrittive della giurisprudenza sopra menzionate vengono tacciate di un'eccessiva vincolatività derivante da una struttura meramente formale di tali disposizioni, mettendone in luce l'incapacità di individuare forme di tutela che assicurino un controllo di matrice sostanziale.

Molteplici voci della letteratura si sono così fatte portavoci di nuove esigenze di tutela che trovano la loro ragion d'essere oggettiva in un mutato quadro economico e sociale, tenuto conto dei nuovi equilibri di mercato non solo interno ma anche sovranazionale¹⁷⁸. In tale contesto assume progressivo rilievo la figura del contraente consumatore, che l'art 2 lett. b) Dir. 93/13/CEE definisce come qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della citata direttiva, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale.

¹⁷⁶ In realtà in Italia la dottrina già da tempo richiamava la giurisprudenza ad una maggiore attenzione sul controllo del contenuto contrattuale, tramite i principi generali quali la buona fede e l'equità. A tal proposito v. S. RODOTÀ, *Il controllo Sulle Condizioni Generali Di Contratto*, In G. Amato, S. Cassese e S. Rodotà (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, Genova, 1972, 239 ss.

¹⁷⁷ U. RUFFOLO, *Le clausole vessatorie, abusive, inique e la ricodificazione degli artt. 1469 bis-1469 sexies c.c.*, in U. Ruffolo (a cura di), *Clausole "vessatorie" e "abusive"*. Gli artt. 1469-bis e ss. c.c. e i contratti del consumatore, Milano 1997, p. 20 ss., in cui si evidenzia il passaggio dall'eguaglianza formale a quella sostanziale finalizzato a garantire una maggior tutela del contraente debole.

¹⁷⁸ V. RIZZO, *Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, cit., 78.

3. La sopravvenienza normativa della Dir. 93/13/CEE¹⁷⁹ ed i profili di frizione con la disciplina delle condizioni generali di contratto.

A partire dagli anni Settanta, diversi ordinamenti nazionali del continente europeo avvertirono la necessità di fornire adeguata protezione sul piano sostanziale al consumatore, quale parte strutturalmente debole del rapporto contrattuale, non disconoscendo la valida opportunità di riformare in tal senso la disciplina delle clausole c.d. onerose. Per la verità, con specifico riferimento all'ordinamento italiano, autorevoli voci in dottrina sollecitavano la giurisprudenza di merito e di legittimità a spingersi oltre un controllo meramente formale nel giudizio di vessatorietà configurato dall'art. 1341 c.c., suggerendo che già nell'ordinamento vigente erano presenti principi e clausole di carattere generale in grado di condurre l'interprete attraverso un attento vaglio del contenuto sostanziale del regolamento negoziale. Seguendo tale impostazione, la clausola generale della buona fede – rilevante sia nella fase delle trattative sia nella fase di perfezionamento e di esecuzione del rapporto contrattuale – e dell'*aequitas* avrebbero facilmente consentito di superare i limiti sopra esposti e legati al carattere meramente formale del controllo di abusività previsti dall'art 1341 c.c. Tali incertezze e perplessità hanno spinto verso la predisposizione di una disciplina di matrice comunitaria, volta a tutelare il consumatore – inteso qui, approssimativamente come parte strutturalmente debole del rapporto – attraverso un meccanismo di controllo sostanziale degli squilibri economici del singolo contratto. Oltre a ciò, tale innovativa forma di protezione del contraente consumatore scolpita nel Codice del consumo, non si applica solo con riferimento alla specifica tecnica di contrattazione *standardizzata*, ma è idonea a presidiare qualsivoglia modalità perfezionativa del vincolo. Si tratta di un fortissimo

¹⁷⁹ La direttiva 93/13/CEE del Consiglio è un atto legislativo basato su principi. Tutela i consumatori dalle clausole abusive in tutti i tipi di contratti stipulati tra imprese e consumatori e, in tal senso, costituisce uno strumento fondamentale per garantire l'equità nel mercato interno. Ovviamente gli obiettivi perseguiti dalla direttiva non sono solo quelli della creazione di un mercato unico o di tutela del consumatore. Nel secondo considerando infatti la direttiva persegue la finalità di ridurre le notevoli disparità legislative di condizioni nei contratti stipulati con i consumatori appartenenti ai diversi Stati membri, la finalità di evitare distorsioni di concorrenza tra i venditori di beni ed i prestatori di servizi, soprattutto in caso di commercializzazione in altri Stati.

elemento di novità, di assoluta rilevanza nei rapporti negoziali stipulati tra professionisti e consumatori, consentendo per la prima volta un controllo incisivo sul contenuto del contratto: siamo pertanto di fronte ad una specifica scelta di campo del Legislatore interno – esecutore delle scelte adottate in chiave comunitaria – nel porre delle rilevanti limitazioni al principio generale dell'autonomia negoziale in ambito contrattuale, a tutela del contraente strutturalmente più debole ed a presidio della concorrenza nel mercato interno e sovranazionale. Il legislatore comunitario¹⁸⁰, con l'adozione di tale direttiva, ha posto delle forti limitazioni al principio dell'autonomia negoziale, sottolineando la necessità del passaggio da un sistema fondato sui crismi dell'uguaglianza formale tra le parti ad una situazione di eguaglianza sostanziale, onde garantire l'effettività della tutela del contraente consumatore.

Il campo di indagine non deve essere limitato al solo mutamento della disciplina determinato dall'intervento del legislatore comunitario¹⁸¹, ma occorre contestualizzare tale mutamento innovativo nella più ampia cornice socioeconomica¹⁸², caratterizzata anch'essa da forti profili di mutevolezza. Come sopra ampiamente riferito, la disciplina contenuta nel Codice civile costituisce l'archetipo delle logiche ispiratrici dell'economia corporativa, la quale tuttavia è stata incisa nel tempo da diverse forme di sopravvenienze. In tale contesto, la forte spinta innovativa di matrice comunitaria va oltre la concezione bilaterale del contratto, concependo quest'ultimo quale strumento della scienza economica che consente di conformare gli interessi del mercato comunitario. Questo

¹⁸⁰ L'approccio della direttiva basato sui principi è efficace e contribuisce a un elevato livello di protezione dei consumatori. Ciononostante, la valutazione ha anche identificato una certa mancanza di chiarezza riguardo all'interpretazione della direttiva e alla sua applicazione per quanto riguarda ad esempio: i) l'ambito di applicazione delle esenzioni per le clausole riguardanti il prezzo e l'oggetto principale; ii) le conseguenze giuridiche della natura non vincolante delle clausole abusive nei contratti; e iii) l'obbligo dei giudici nazionali di svolgere un ruolo attivo nell'applicare la direttiva nei singoli casi. Pertanto, la relazione sul controllo dell'adeguatezza ha raccomandato di affrontare tali problematiche seguendo gli specifici orientamenti della Commissione.

¹⁸¹ Si tratta come sopra evidenziato della Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori modificata dalla direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio.

¹⁸² La Direttiva in esame mira a ravvicinare le legislazioni nazionali al fine di innalzare il livello di protezione dei consumatori dalle clausole abusive che non siano state oggetto di negoziato individuale nei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore. Da un lato essa persegue il fine dell'efficace protezione dei consumatori, in quanto parte solitamente più debole, dalle clausole contrattuali abusive che vengono utilizzate dai professionisti e che non siano state oggetto di negoziato individuale; e dall'altro lato, essa mira a contribuire alla creazione del mercato interno attraverso l'armonizzazione minima delle norme nazionali che mirano a fornire tale protezione.

mutamento di prospettiva¹⁸³ ha messo in luce le vulnerabilità di una tutela solo meramente formale come quella contenuta nell'art. 1341 c.c., gettando le basi per la costruzione di un sistema armonizzante diretto a garantire un controllo contenutistico sull'accordo negoziale.

Tale esigenza di perseguire un controllo penetrante sul contenuto del regolamento negoziale non venne perseguita in modo univoco negli Stati membri: alcuni Paesi optarono per la dilatazione del giudizio di abusività financo alle clausole oggetto di una specifica trattativa individuale tra le parti, sul presupposto per cui anche una forma di negoziazione individuale non garantisce in favore del consumatore una forma di immunità assoluta da qualsivoglia forma di pregiudizio: ciò in quanto l'estromissione delle clausole concordate dal giudizio di vessatorietà potrebbe condurre ad incrementare il rischio di aggiramento del controllo sostanziale attraverso la tecnica delle trattative individuali. Anche sul versante europeo la scelta in tal senso si è rivelata tutt'altro che immediata. Infatti, dall'attenta analisi dei lavori preparatori e preliminari all'adozione della direttiva 93/13/CEE, non emerge un orientamento univoco anche nella scelta armonizzante delle istituzioni comunitarie¹⁸⁴. Nella prima versione dell'atto comunitario si dava atto di come i presidi all'abusività del contenuto negoziale avrebbero operato sia con riferimento alle clausole oggetto di una specifica trattativa con le parti sia con riferimento a quelle unilateralmente poste dal contraente professionista. Successivamente, venne introdotta un *discrimen* tra le due tipologie di clausole negoziali¹⁸⁵, creando per ciascuna di esse una disciplina comunitaria *ad hoc*. La versione definitiva fatta propria dal Legislatore comunitario estromette completamente dal c.d. giudizio di vessatorietà le clausole oggetto di una specifica fase di trattativa¹⁸⁶. Tale

¹⁸³ Numerosi sono gli interventi in cui la CGUE evidenzia che l'interesse sotteso alla normativa comunitaria ha natura quantomeno anche pubblicistica; si veda senza pretesa di esaustività Causa C-243/08, Pannon GSM, punto 31; causa C-168/05, Mostaza Claro, punto 3; causa C-26/13, Kásler e Káslerné Rábai, punto 78.

¹⁸⁴ Il controllo dell'adeguatezza del 2017 nell'ambito della normativa in materia di consumatori e di marketing ha comportato una valutazione esauriente della direttiva, da cui è emerso che l'approccio della direttiva basato sui principi è efficace e contribuisce a un elevato livello di protezione dei consumatori. Ciononostante, la valutazione ha anche identificato una certa mancanza di chiarezza riguardo all'interpretazione della direttiva e alla sua applicazione per quanto riguarda ad esempio: i) l'ambito di applicazione delle esenzioni per le clausole riguardanti il prezzo e l'oggetto principale; ii) le conseguenze giuridiche della natura non vincolante delle clausole abusive nei contratti; e iii) l'obbligo dei giudici nazionali di svolgere un ruolo attivo nell'applicare la direttiva nei singoli casi. Pertanto, la relazione sul controllo dell'adeguatezza ha raccomandato di affrontare tali problematiche seguendo gli specifici orientamenti della Commissione.

¹⁸⁵ In alcuni Stati membri, anche le clausole contrattuali che sono state oggetto di negoziato individuale sono soggette alle norme sulle clausole abusive nei contratti.

¹⁸⁶ Si vedano in particolare i Considerando 9 ed 11 della direttiva in esame; sul versante giurisprudenziale si veda altresì Causa C-191/15, Verein für Konsumenteninformation/Amazon, punto 63;

soluzione trova la sua ragion d'essere oggettiva – oltre che la sua base legale – nell' art. 3 della Direttiva 93/13/CEE¹⁸⁷ e si giustifica alla luce delle forti pressioni che derivano sia da taluni Stati membri dell'Unione europea sia dai soggetti economici che operano nel mercato concorrenziale europeo. Infatti, dalla Relazione introduttiva al disegno di legge presentato al Senato della Repubblica per l'attuazione della direttiva comunitaria in esame, emergeva la forte preoccupazione del Legislatore nazionale – condivisa dagli altri Legislatori degli Stati membri – circa l'eccessiva limitazione che ne sarebbe derivata al principio generale dell'autonomia negoziale qualora si fosse esteso il controllo di vessatorietà anche alle clausole oggetto di una qualsivoglia forma di trattativa individuale. Ciò premesso, si può agevolmente comprendere come la disciplina posta dal Legislatore comunitario¹⁸⁸, seppur nell'ottica della tutela del contraente strutturalmente più debole del rapporto negoziale, sia parte di un tutto teso a determinare un completo stravolgimento di natura politica, economica e sociale nella dimensione comunitaria. Alla luce delle riflessioni svolte, preme in questa sede sottolineare come tale disciplina entra a far parte di un più ampio disegno armonizzante volto alla libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e financo del capitale, e finalizzato alla creazione di un mercato unico comunitario in cui per ciascuno dei Paesi membri operino le medesime tutele in favore del contraente consumatore. Attraverso i contributi delle scienze comparatistiche e socioeconomiche si è tentato di creare – secondo una logica di armonizzazione minima¹⁸⁹ – un sistema rimediale unitario volto a tutelare gli interessi del nuovo “consumatore europeo”. Infatti, la direttiva in esame rappresenta l'esito più che

¹⁸⁷ Ai sensi dell'articolo 3 della direttiva in esame «1. Una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto. 2. Si considera che una clausola non sia stata oggetto di negoziato individuale quando è stata redatta preventivamente in particolare nell'ambito di un contratto di adesione e il consumatore non ha di conseguenza potuto esercitare alcuna influenza sul suo contenuto. Il fatto che taluni elementi di una clausola o che una clausola isolata siano stati oggetto di negoziato individuale non esclude l'applicazione del presente articolo alla parte restante di un contratto, qualora una valutazione globale porti alla conclusione che si tratta comunque di un contratto di adesione. Qualora il professionista affermi che una clausola standardizzata è stata oggetto di negoziato individuale, gli incombe l'onere della prova. 3. L'allegato contiene un elenco indicativo e non esauriente di clausole che possono essere dichiarate abusive.».

¹⁸⁸ Occorre altresì precisare che la valutazione circa l'esistenza negoziati individuali su una particolare clausola contrattuale è una questione che compete ai giudici nazionali.

¹⁸⁹ Ai sensi dell'art. 8, la Direttiva in esame ed il diritto nazionale interagiscono in diversi modi. Esistono infatti: disposizioni che recepiscono la direttiva nel diritto nazionale, incluse quelle che ne estendono l'ambito di applicazione o che stabiliscono requisiti più severi; e disposizioni del diritto nazionale, di natura sostanziale o procedurale, che riguardano aspetti aggiuntivi, ma che devono essere prese in considerazione quando i tribunali sono chiamati a pronunciarsi su casi in materia di clausole abusive nei contratti.

fausto del tentativo del Legislatore comunitario di creare uno statuto del consumatore in tema di clausole abusive, al fine di garantire in ogni Stato membro una tutela minima, incrementabile solo *in melius* da parte dei Legislatori nazionali. L'obiettivo perseguito dal Legislatore europeo è stato quello di superare le profonde differenziazioni tra legislazioni nazionali in materia di clausole abusive, che a loro volta si rivelarono i principali fattori responsabili di fenomeni distorsivi della concorrenza nel mercato¹⁹⁰. Come infatti emerge dalla lettura dei Considerando n. 1 e 2 della Direttiva in esame, la scelta armonizzante adottata dalle Istituzioni Comunitarie ha avuto come dirette conseguenze l'eliminazione o la forte attenuazione di asimmetrie concorrenziali tra gli operatori del mercato nonché la creazione del c.d. mercato unico europeo. Sul piano della disciplina, inoltre, con tale direttiva si sono superati i limiti sopra citati connessi ad una tutela solo formale quale quella prevista dall'art. 1341 c.c. in tema di condizioni generali di contratto. Ed è in questo contesto che si dispiega la particolarità dell'esperienza italiana in tema di "contratto predisposto": se da un lato il Legislatore italiano può ragionevolmente e legittimamente vantare il primato nella scoperta della categoria giuridica delle condizioni generali di contratto, dall'altro lato la disciplina contenuta nel Codice civile del 1942 sconta il fatto di aver approntato una tutela meramente formale, disinteressandosi completamente dello squilibrio sostanziale che potrebbe connotare il singolo regolamento contrattuale unilateralmente posto. Per contro, la Direttiva in esame presenta l'indiscusso pregio di fissare una disciplina atta ad incidere sensibilmente sul contenuto sostanziale del contratto, fornendo al consumatore una tutela più efficace che è destinata ad inserirsi in una più ampia gamma di strumenti volti alla tutela degli equilibri del mercato. Come ricordato in precedenza, con la Legge 6 febbraio 1996, n. 52, il Legislatore italiano ha dato attuazione alla Direttiva 93/13/CEE, inserendo nel libro IV, titolo II del codice attualmente vigente, il Capo XIV bis «dei contratti del consumatore», contenente gli artt. 1469 bis – 1469 sexies c.c., recanti le norme sulle clausole vessatorie. Tra gli elementi di novità salutati con favore dalla letteratura vi è certamente quello dell'adeguamento agli standards di tutela del c.d. contraente debole che connotavano gli altri Paesi dell'Unione Europea. Nonostante l'indiscusso pregio della Novella di colmare

¹⁹⁰ Tale obbligo è confermato, ad esempio, nel punto 55 della causa C-191/15, Verein für Konsumenteninformation/Amazon: «[...] A tal proposito, si deve osservare che il livello di tutela dei consumatori varia ancora da uno Stato membro all'altro, conformemente all'articolo 8 della direttiva 93/13, cosicché la valutazione di una clausola può variare, a parità di tutte le altre condizioni, in funzione del diritto applicabile». Ciò è stato confermato dalla Corte anche nella causa C-453/10, Pereničová e Perenič.

un vuoto di tutela nei confronti del contraente debole, la Legge di recepimento della direttiva comunitaria non restò immune a talune critiche di alcune voci. In particolare, si metteva in luce il rischio connesso all'utilizzo di numerosi concetti generali, i quali contribuivano a palesare, secondo alcuni, l'assenza di armonia in tale gruppo di norme e tra di esse ed il relativo sistema normativo. In secondo luogo, non mancò chi ravvisava la possibilità di una contaminazione del diritto privato nazionale da parte di ordinamenti, quali quello tedesco e francese, stante la riscontrata influenza di questi sul contenuto della disciplina comunitaria.

Sul piano sistematico, per quanto concerne la tematica del rapporto tra la tutela di carattere formale contenuta nelle c.d. condizioni generali di contratto e la tutela di natura sostanziale cui anela la disciplina di derivazione comunitaria, appare opportuno sin da ora rammentare come, secondo alcuni, la decisione del Legislatore di collocare la novella legislativa all'interno del Codice civile si fondava sull'idea dell'esistenza di un principio generale di equilibrio sostanziale del sinallagma contrattuale, che se da un lato vede la sua genesi nella disciplina comunitaria avente ad oggetto il contratto concluso tra un professionista ed un consumatore, dall'altro lato è in grado di assurgere a principio generale in grado di completare la tutela formale prevista dagli artt. 1341 e 1342 c.c.

Quanto all'evoluzione della disciplina successiva all'attuazione della direttiva in esame, giova evidenziare che mentre la direttiva si riferisce a qualsivoglia contratto concluso tra un professionista ed un consumatore, l'abrogato art. 1469 bis c.c. limitava la sua applicazione ai solo contratti asimmetrici aventi ad oggetto la cessione di un bene o la produzione di un servizio. Tale limite venne rimosso con la Legge n. 526 del 1999 al fine di non frapporre ostacoli alla tutela piena ed effettiva nei confronti del consumatore. Il prodotto di tale novella del 1999 fu così trasposto nel Codice del consumo al primo comma dell'art. 33, il quale dunque prescinde dal tipo contrattuale scelto dal professionista. Stante il carattere tormentato della procedura di recepimento della direttiva comunitaria e considerate le successive modifiche legislative intervenute – segnatamente con riguardo agli artt. 1469 quater, comma 2, e 1469 quinquies, comma 5 c.c. – non meno travagliato si manifestò l'iter di approvazione del vigente Codice del Consumo. Ciò premesso, il Legislatore italiano ha previsto un vero e proprio sistema

normativo completamente sostitutivo del Capo XIV Bis del codice del 1942¹⁹¹, che venne per tal via abrogato. Quanto al nodo problematico sotteso alla presente trattazione, con riferimento alla disciplina delle clausole abusive occorre rilevare che questo sistema normativo, trasposto nell'ambito del Codice del Consumo agli artt. 33-38 C. cons., si è mantenuto inalterato con le sole eccezioni di limitate modifiche e l'inserimento di una norma di rinvio di cui all'art. 38 Cod. cons. Tra le modifiche va segnalata l'eliminazione delle nozioni di consumatore e professionista che sono contenute nella parte iniziale del Codice del consumo, l'introduzione della nullità di protezione in luogo dell'inefficacia quale sanzione nei confronti delle clausole vessatorie presenti nei contratti del consumatore nell'ambito di un giudizio individuale e concreto e la previsione di un raccordo della disciplina dell'azione inibitoria speciale, prevista all'art. 37 Cod. cons., con la più ampia disciplina dell'azione inibitoria generale, disciplinata all'art. 140 Cod. cons., contemplata con riguardo non solo alle clausole vessatorie. La norma di rinvio di cui all'art. 38 Cod. cons. prevede una forma di raccordo tra le disposizioni inserite in questa sede con il Codice civile disponendo che «per quanto non previsto dal codice ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista si applicano le disposizioni del Codice civile». Dall'altro lato, l'art. 142 Cod. cons. prevede la sostituzione, nel corpo del Codice civile, degli artt. 1469 *bis* – 1469 *sexies* con il solo art. 1469 *bis* così formulato: «Le disposizioni del seguente titolo si applicano ai contratti del consumatore ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli al consumatore». Ciò premesso, l'idea di relegare tutte le disposizioni concernenti i profili di tutela del consumatore nel Codice del Consumo, non andò esente da talune rilevanti critiche in letteratura. In modo particolare, a più riprese si metteva in luce come la disciplina di protezione del consumatore, stante l'eliminazione dal Codice del 1942 della disciplina relativa al giudizio di vessatorietà delle clausole abusive e il suo confluire nel d.lgs. 205/2006, impediva per tal via l'applicabilità dello strumento dell'interpretazione estensiva delle garanzie sostanziali approntate specificatamente dalla disciplina speciale.

¹⁹¹ Originariamente era discussa l'opportunità di inserire nel cod. cons. anche gli articoli presenti nel capo XIV bis del Codice civile, il pericolo era quello di rendere vano il significato sistematico che tali norme avevano assunto negli anni nell'impianto codicistico. Non a caso la versione originaria del cod. cons. prevedeva un generico richiamo agli artt. 1469 bis e seguenti del Codice civile. Tuttavia, nella seconda stesura del testo normativo, il legislatore ha optato per la scelta opposta, ovvero quella di far refluire il capo XIV-bis nella parte III cod. cons.

4. La base legale della trasparenza consumeristica e la configurabilità di un canone generale di accessibilità al contenuto di un contratto.

Alla luce del quadro normativo così delineato, appare evidente che numerosi furono gli attriti che caratterizzarono sia il momento attuativo della direttiva comunitaria, sia la trasmigrazione della normativa dal Codice del 1942 al Codice del consumo.

Ed è in tali critiche svolte nel corso degli anni in letteratura che si insinua lo scopo cui tende il presente elaborato: ovverosia ci si propone di verificare se – nonostante la scelta del Legislatore di collocare al di fuori del Codice civile la disciplina posta a tutela del consumatore quale contraente ontologicamente debole del rapporto contrattuale – i principi di matrice comunitaria di unità dell'ordinamento giuridico, di effettività della tutela giurisdizionale consentano di interpretare tale disciplina consumeristica alla luce dei valori e dei parametri tanto costituzionali quanto comunitari, garantendo all'interprete la possibilità di ricavarne un principio generale di trasparenza volto a colmare dal punto di vista sostanziale le lacune di una tutela meramente formale approntata dalla disciplina del contratto unilateralmente predisposto. Si tratterebbe di una rivoluzione copernicana volta a ridurre la distanza normativa tra la disciplina contenuta nel Codice civile e quella contenuta nel Codice del consumo, che da la stura ad una lettura convenzionalmente e comunitariamente orientata al requisito della conoscibilità delle clausole vessatorie: si tratterà di mettere in luce come la continuità normativa e semantica tra le due discipline consente di considerare il requisito apparentemente formale della conoscibilità delle condizioni generali di contratto onerose non solo come mera consapevolezza dell'esistenza di clausole abusive ma financo come possibilità e conoscibilità di accesso al contenuto delle stesse e, in un'ultima analisi, come possibilità di apprensione del suo significato. In tal senso, appare convincente quanto sostenuto in letteratura da chi ritiene che, anche al di fuori dello schema tipico del contratto B2C, alla tutela formale di cui alla disciplina sulle c.d. condizioni generali di contratto possa sommarsi, senza sostituirla, il controllo sostanziale di cui agli artt. 33 ss. cod. cons., rilevando tuttavia che, nel caso di attriti tra le summenzionate due tipologie di tutela, debba trovare applicazione il principio di conservazione del contratto ex art. 36 cod. cons., in forza del quale le clausole

vessatorie ai sensi degli artt. 33 e 34 cod. cons. sono nulle mentre la restante parte del contratto rimane valida.

Ciò premesso, la norma centrale ai fini degli obiettivi e delle problematiche che ci si propone di approfondire con il presente elaborato è rappresentata dal 1 comma art. 35, 1 comma Cod. cons.¹⁹², attuativo dell'art. 5 della dir. 93/13/CEE¹⁹³, il quale fissa un onere di chiarezza e comprensibilità nella predisposizione unilaterale delle clausole per iscritto. Ne discende la considerazione per cui il Legislatore nazionale ha cristallizzato nella norma sopra menzionata il canone della trasparenza, funzionale a consentire al consumatore – secondo una logica di tutela del contraente strutturalmente più debole – di maturare un'adesione all'assetto di interessi unilateralmente fissato dal professionista. Quanto al problema della base legale di tale canone di chiarezza e comprensibilità, oltre alla norma sopra individuata, tale principio può trovare un valido addentellato normativo anche nella seconda disposizione del Codice del Consumo¹⁹⁴, stante la scelta del Legislatore del 2006 di optare per la sua configurazione quale elemento costitutivo di uno statuto del consumatore, quale suo diritto fondamentale.

Fatte le opportune premesse circa il fondamento normativo del canone della trasparenza in ambito consumeristico, appare dunque necessario – ai fini del problema che ci si propone di affrontare – individuare la linea di confine tra il criterio della chiarezza e conoscibilità delle clausole unilateralmente poste dal professionista ed il più generale obbligo d'informazione.

Appare per tal via utile mettere in evidenza come il canone della trasparenza, *sub specie* di chiarezza e comprensibilità, trova il suo ambito applicativo con riferimento al contratto predisposto in tema di condizioni generali di contratto: nello specifico, si tratta di un criterio guida del contraente forte del rapporto nella predisposizione unilaterale delle

¹⁹² Ai sensi dell'art. 35 d.lgs. 206/2005 1. Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile. 2. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore. 3. La disposizione di cui al comma 2 non si applica nei casi di cui all'articolo 37.

¹⁹³ Ai sensi dell'art. 5, «Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono essere sempre redatte in modo chiaro e comprensibile. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore. Questa regola di interpretazione non è applicabile nell'ambito delle procedure previste all'articolo 7, paragrafo 2».

¹⁹⁴ Ai sensi dell'art. 2 Dir. 93/13/CEE Ai fini della presente direttiva si intende per: a) «clausole abusive»: le clausole di un contratto quali sono definite all'articolo 3; b) «consumatore»: qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale; c) «professionista»: qualsiasi persona fisica o giuridica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce nel quadro della sua attività professionale, sia essa pubblica o privata.

single clausole. Per contro, con riferimento al diverso obbligo di informazione, a differenza del primo, esso pone una serie di regole che sono estranee al momento perfezionativo del regolamento contrattuale. Oltre a ciò, mentre il canone della trasparenza, come sopra evidenziato, ha come destinatario essenzialmente il contraente predisponente, il più generale obbligo informativo presenta come interlocutori entrambe le parti negoziali, concernendo principalmente aspetti eccentrici rispetto al nucleo essenziale dell'accordo.

Alla luce del quadro normativo così delineato, il canone di trasparenza consumeristica di derivazione comunitaria¹⁹⁵ impone al contraente professionista e predisponente di confezionare la singola clausola negoziale secondo i criteri di "accessibility" e "foreseeability", in modo tale da consentire al consumatore di prendere atto del suo contenuto sostanziale e del suo significato economico-normativo, senza uno sforzo conoscitivo ulteriore rispetto a quello che ci si potrebbe ragionevolmente attendere dall'*homo eiusdem condicionis et professionis*¹⁹⁶. Si richiede pertanto che il contenuto

¹⁹⁵ Sul punto L. D. BONA, *spunti di riflessione in tema di obblighi informativi*, in *Riv. dir. civ.*, 244, la quale sottolinea che limitare l'asimmetria informativa, non solo in relazione ai contratti conclusi con i consumatori ma anche con riferimento ai contratti stipulati tra professionisti con diverso potere contrattuale, rispondono non solo all'interesse della parte debole (prescindendo dallo *status* rivestito) ma anche del mercato; G. ALPA, *La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore*, intervento tenuto nell'ambito del seminario su «banche e mercati internazionale», Perugia, 2014, 8, il quale sottolinea che la problematica dell'asimmetria informativa caratterizza non solo i contratti dei consumatori ma anche i contratti conclusi da professionisti a cui si riconosce una posizione «dominante» e il professionista «debole». Sul tema dell'asimmetria informativa si sono pronunciati, tra i tanti, anche V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici* in *Riv. dir. priv.*, 2007, 683; A. CATAUDELLA, *I contratti parte generale*, Torino, 2014, p. 206 il quale ritiene che con il Codice del Consumo volto a superare le asimmetrie conoscitive intercorrenti tra professionisti e consumatori in ordine al regolamento contrattuale ed alle caratteristiche dell'affare;

¹⁹⁶ Anche la direttiva 2005/29/CEE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno gioca un ruolo fondamentale nella lotta alle asimmetrie informative e alla maggior trasparenza contrattuale. La direttiva in questione modifica la direttiva 84/450/CEE concernente la pubblicità ingannevole e comparativa per creare una disciplina generale in tale materia. Nella Sezione I relativa alle «Azioni ingannevoli», trova tutela il contraente debole di fronte a pratiche commerciali contenenti informazioni non veritieri o ingannevoli. L'aspetto più emblematico si rinviene nell'art. 6, il quale stigmatizza anche la pratica commerciale contenente informazioni vere ma che «in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio (...) e in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso». La norma rappresenta un vero e proprio baluardo a difesa del principio di trasparenza. Sul punto si veda G. MARINO, *Scorrettezza della pratica ad abusività della clausola nella disciplina del contratto del consumatore*, in *Contratti e impresa*, 2014, 150, il quale commenta questa direttiva come uno strumento che si colloca a metà strada tra la tutela del consumatore e tutela della concorrenza, più precisamente: «è essenziale la prodromica individuazione dei piani di interessi su cui la normativa sulle pratiche commerciali scorrette intende agire: essa si situa infatti in una terra di frontiera tra il diritto del mercato e della concorrenza e il diritto dei rapporti di consumo». Lo stesso inoltre prosegue osservando che: «da un lato spicca la finalità di tutela del consumatore, emblematicamente enunciata dal considerando n.6 della direttiva dove precisa che essa tutela i consumatori dalle conseguenze di tali pratiche commerciali allorché queste sono rilevanti, dall'altro lato però la disciplina appare strumento di regolazione del mercato». Rispettano questo pensiero, pur dando tal volta maggior peso all'uno o all'altro aspetto (tutela del

della singola clausola unilateralmente posta dal contraente professionista appaia all'esterno in modo inequivoco, e non criptico, incerto, enigmatico od oscuro.¹⁹⁷

Evidenziato il nodo problematico sotteso alla trattazione, si rammenta come il canone della trasparenza – *sub specie* di conoscibilità ed intellegibilità del contenuto della singola clausola unilateralmente posta – abbia formato oggetto di diverse dispute in letteratura, con riferimento all'esatta portata e determinazione dei confini di tale regola strutturale del contratto asimmetrico.

Non sono mancate, per la verità molto isolate, voci in letteratura che ritenessero incompatibile con il canone della trasparenza l'utilizzo di termini tecnici appartenenti al mondo giuridico: si tratta di una impostazione quanto meno minimalista, in quanto talvolta il concetto giuridico svolge in concreto la funzione di inquadrare strutturalmente e contenutisticamente l'assetto di interessi sotteso alla singola clausola del rapporto contrattuale.

Ciò chiarito quanto alla centralità del concetto di trasparenza nel contesto del contratto unilateralmente predisposto dal professionista, appare opportuno procedere ad

consumatore o strumento di regolazione del mercato) anche G. ALESSI, *I doveri di informazione* in *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 428; C. GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007, 778 ss; Contra v. A. GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 37, il quale ritiene che la normativa in questione sia espressione diretta della regolazione del mercato quale «mezzo più avanzato di governo degli scambi»; condivide il pensiero di quest'ultimo anche C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. contr.*, 2010, 411, più precisamente: «il modello legislativo adottato (...) non si configura affatto come modello di tutela individualista dei consumatori, secondo i canoni ordinari del diritto privato, quanto piuttosto come modello organizzativo delle attività comunicative delle imprese».

¹⁹⁷ Un ulteriore strumento efficace per garantire una maggiore chiarezza negli scambi è sicuramente la direttiva 98/6/CEE relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei pezzi dei prodotti offerti. L'inserimento di tale dato nel regolamento contrattuale in modo chiaro e comprensibile determina inevitabilmente una maggiore trasparenza del contratto concluso tra consumatore e professionista. Il primo considerando della direttiva, nella sua estrema sinteticità riesce ad esprimere perfettamente il motivo della necessità di garantire una maggiore trasparenza del mercato e un'informazione corretta: entrambi favoriscono la tutela dei consumatori. Nello stesso filone si colloca anche la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori recante modifica della direttiva 1993/13/CEE, alla direttiva 1994/44/CEE e abroga la direttiva 85/577/CEE, in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, la direttiva 97/7/CEE in materia di protezione dei consumatori nei contratti a distanza.

La Direttiva del 2011/83/UE ha come obiettivo quello di colmare tutti i «*vulnus*» non considerati dalle precedenti direttive e predisporre delle norme «*standard*» per gli aspetti comuni dei contratti a distanza e dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali. Rappresentano un vero e proprio ossequio al principio di trasparenza sia l'art. 5, che prevede gli obblighi di informazione per contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali, sia l'art. 6, che prevede obblighi di informazione per i contratti a distanza e per i contratti conclusi fuori dai locali commerciali, della citata direttiva. Nel nostro ordinamento giuridico la direttiva 2011/83/UE è stata attuata con il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, con il quale il legislatore ha riformato gli artt. 45-67 cod. cons. Il novellato *corpus normativo* prevede una disciplina organica degli obblighi informativi gravanti sui professionisti nei confronti dei consumatori nella fase precontrattuale. Su tale ultimo punto si veda G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Riv. dir. civ. le nuove leggi civili commentate*, Milano, 2014, 918.

un'indagine volta a fissare contenutisticamente il volto della trasparenza, *sub specie* di chiarezza e comprensibilità delle clausole, al precipuo fine di verificare la configurabilità di un principio generale di derivazione comunitaria idoneo a trovare applicazione – oltre che nei contratti conclusi tra professionista e consumatore – anche nei rapporti intercorrenti tra due professionisti.¹⁹⁸

In particolare, si deve in tale contesto evidenziare come siano due gli elementi costitutivi del canone della trasparenza discendente dalla disciplina di cui all'art. 5 dir. 93/13/CEE ed all'art. 35 del Cod. Cons.¹⁹⁹ Quantunque si registri la segnalata tendenza ad un utilizzo dei concetti di chiarezza e comprensibilità in termini interscambiabili, è opportuno mettere in luce le significative differenze di tali due profili della trasparenza²⁰⁰.

¹⁹⁸ Vista e considerata l'evoluzione della normativa consumeristica presente nel nostro ordinamento è doveroso effettuare alcune riflessioni sul ruolo attuale della chiarezza e della comprensibilità nel panorama contrattuale, e comprendere se essi siano il frutto di una regolamentazione di settore, dunque rilevanti solo per i consumer contracts, o se, in via ermeneutica, sia possibile considerarli come parametri da rispettare per ogni rapporto contrattuale. La risposta ai quesiti è tanto semplice quanto complessa. È palese che in questo periodo stiamo vivendo una vera e propria «crisi della disciplina del contratto di adesione» derivante da una mancata tutela effettiva (*recte* sostanziale) del contraente debole. Ad oggi una tutela di tal guisa è offerta solo al consumatore in virtù di una precisa scelta del legislatore contenuta nel cod. cons. Una parte della dottrina negli anni ha cercato di estendere il contenuto della tutela consumeristica anche al contraente debole tout court.

La norma definisce il consumatore come la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta, il professionista invece come la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario.

¹⁹⁹ Una parte della dottrina negli anni ha cercato di estendere il contenuto della tutela consumeristica anche al contraente debole tout court. In particolare, si veda F. ASTONE, *Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di «consumatore» e «professionista»*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Art. 1469-bis – 1469-sexies*, a cura di G. Alpa e S. Patti, in *Il codice civile Comm.*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. Busnelli, Milano, 2003, 139 ss. L'orientamento che si va esaminando interpreta in modo estensivo il senso dell'espressione «persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale» e in modo restrittivo il significato di «scopi professionali» provando a ricondurre il contraente nello status di professionista solo quando agisce «nell'esercizio della professione che gli è propria». In ossequio a tale presa di posizione teorica, riconducibile alla teoria degli «atti della professione» e «atti relativi alla professione» il professionista che stipula un contratto per finalità diverse dallo svolgimento della propria attività professionale dovrebbe ricevere la tutela speciale prevista per il consumatore. In tal senso, v. L. GATT, *sub art.1469 bis secondo comma, ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, in *Commentario al capo XIV bis del Codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca e F. Busnelli, Milano, 1997, 153 ss. Tale teoria permette di risolvere anche la problematica del regime a cui sottoporre gli acquisti definibili come «promiscui» ovvero di quei beni o servizi che siano destinati a scopi in parte professionale e in parte domestici. Viceversa, l'impostazione basata su una logica «restrittiva» richiede che lo scopo sia del tutto estraneo stabilendo che, ogni qual volta ricorre un qualsivoglia collegamento con l'attività professionale svolta, si deve escludere *in apicis* la qualità di consumatore. Per tal via il concetto di consumatore assurgerebbe a statuto di carattere dinamico capace di nutrirsi a certi fini del c.d. professionista. Si tratta tuttavia di una lettura certamente di carattere minoritario che si scontra con il dato letterale contenente le definizioni dei soggetti che sono parti del contratto B2C.

²⁰⁰ In tal senso, v. E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto: trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006, 114, dove l'Autrice evidenzia come se da un lato la forma scritta è funzionale al soddisfacimento dell'onere di mera conoscibilità della clausola, dall'altro lato il soddisfacimento dell'onere di chiarezza e comprensibilità consentono una scelta libera e consapevole in capo all'aderente.

Quanto al canone della chiarezza, essa attiene prevalentemente alla dimensione formale e consiste nella necessità di rendere leggibili e riconoscibili le clausole contrattuali poste dal professionista.

Con riferimento, invece, al requisito delle comprensibilità, essa attiene al modo in cui il contenuto contrattuale viene espresso, al tipo di linguaggio utilizzato ed alla formulazione dei concetti. Con ancora maggiore precisione, la terminologia utilizzata deve essere connotata dai caratteri dell' "accessibility" comunitaria secondo i parametri dell'ordinaria diligenza. Tale ultimo requisito rileva particolarmente – come si vedrà nella terza sezione del presente elaborato – con riferimento a quei settori connotati da un elevato grado di tecnicismo, tra cui acquista sensibile rilevanza rispetto al tema trattato il settore dell'intermediazione finanziaria e dei contratti bancari. Con particolare riferimento a tale settore della contrattazione, la formulazione accessibile e chiara del contenuto contrattuale è condizione essenziale affinché il consumatore comprenda nella sostanza la portata dei diritti e degli obblighi discendenti dal regolamento contrattuale.

I riferiti paradigmi della trasparenza nel contratto del consumatore integrano dei requisiti astrattamente rilevanti che necessitano di un'indagine in concreto svolta "case by case" dall'interprete al fine di verificare l'integrazione del requisito oggetto della trattazione, alla luce delle circostanze del caso concreto e di tutti gli elementi incidenti sull'equilibrio del rapporto contrattuale.

Con riferimento alla ragion d'essere oggettiva di tale canone che si articola, come fin qui visto, in due dimensioni, essa è da rinvenire nell'esigenza di garantire al consumatore le stesse garanzie di "accessibility" e "foreseeability" che la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, in tema di sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali, riconosce in capo al reo: fatte le opportune distinzioni, infatti, il professionista – attraverso l'obbligo di inserzione di clausole trasparenti nel regolamento negoziale – deve garantire al consumatore il pieno accesso all'esatta comprensione di clausole che – come si vedrà nell'approfondimento concernente il diritto bancario ed i contratti di credito al consumo – possono talvolta gravare il contraente debole di un sostanziale peso economico.²⁰¹

²⁰¹ In conformità con la ratio della disciplina testé individuata, il Considerando 20 della Dir. 93/13/CEE stabilisce che « considerando che i contratti devono essere redatti in termini chiari e comprensibili, che il consumatore deve avere la possibilità effettiva di prendere conoscenza di tutte le clausole e che, in caso di dubbio, deve prevalere l'interpretazione più favorevole al consumatore ».

Alla luce di tali considerazioni, appare ragionevolmente opportuno concludere sotto tale profilo che la trasparenza consumeristica²⁰² integra un particolare strumento di prevenzione di uno squilibrio economico del contratto volto a garantire la formazione di un consenso pieno, libero e consapevole circa peso economico derivante dalla scelta di adesione al regolamento contrattuale unilateralmente posto dal contraente professionista. Esaurito il quadro relativo agli elementi qualificanti la trasparenza nel contratto asimmetrico, si tratta ora di condurre un'analisi volta ad individuare quali siano in concreto i parametri alla luce dei quali si possa considerare una singola clausola – o più clausole – trasparenti.²⁰³

Come emerge chiaramente dalla semplice lettura del comma 3 dell'art. 5 Cod. Cons., la trasparenza²⁰⁴ non si presenta come una struttura monolitica ed immutabile, bensì si connota di caratteri diversi a seconda del contesto economico in cui è chiamata ad operare ed a seconda che vi sia una specifica disciplina informativa relativa al singolo tipo negoziale.

Ciò premesso – sempre operando un'indagine di matrice comparativa tra i caratteri della tutela prevista in materia di condizioni generali di contratto nel Codice Civile e quella speciale fissata dal Codice del Consumo – appare rilevante la considerazione secondo cui anche nella più recente disciplina posta dal Legislatore italiano in attuazione della Direttiva comunitaria 93/13/CEE si ravvisano gli spazi per un obbligo di attivazione del consumatore presidiato dal generale canone della buona fede dalla cui violazione può sorgere una forma di responsabilità precontrattuale. In particolare, tale onere di attivazione e di diligenza del consumatore – di intensità certamente inferiore rispetto a quello posto dalla disciplina formale dettata in tema di condizioni generali di contratto – implica che sarà assoggettabile a sanzione il consumatore che, quantunque non si sia diligentemente attivato per l'adeguata informazione da parte del professionista, ciò nondimeno abbia fatto valere la vessatorietà delle singole clausole eccedendone il difetto

²⁰² Sul punto v. S. PAGLIANTINI, voce *Trasparenza contrattuale*, in Enc. dir., Annali V, Milano, 2012, 1287.

²⁰³ La trasparenza è stata definita come una delle idee forti dell'epoca contemporanea: si veda, in particolare, V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore» (La novella al codice civile)*, Napoli, 2010, 9.; ID., *Itinerario e nuove vicende della trasparenza*, in *Corti Umbre*, 1/2016, 86.

²⁰⁴ Per una lettura in chiave comparatistica del requisito della trasparenza: E. LLAMAS POMBO, *Ordinamento spagnolo e clausole vessatorie*, in A. Bellelli, L. Mezzasoma e F. Rizzo, *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, 2014, 89 ss.; J. PAGADOR LÓPEZ, *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid-Barcellona, 1998, 53 ss.

di trasparenza quale elemento costitutivo del giudizio di abusività che sarà successivamente svolto dall'interprete.

Per quanto rileva ai fini del profilo problematico oggetto della presente indagine – e relativo, lo si ripete, alla verifica circa la possibilità di concepire il canone della conoscenza o la conoscibilità di cui alla disciplina contenuta nell'art. 1341 c.c. non solo come consapevolezza dell'esistenza in base ad un onere di auto-informazione del contraente aderente ma anche come possibilità di accesso al contenuto della clausola unilateralmente posta sulla base di una lettura sistematica degli artt. 34 e 35 Cod. Cons.²⁰⁵ – giova precisare che gli elementi qualificanti la trasparenza contrattuale rilevante ai sensi della disciplina individuata debbano necessariamente essere letti in chiave eminentemente dinamica, con un contenuto in grado di relativizzarsi alla luce della fisionomia del consumatore che viene in rilievo nel singolo rapporto contrattuale.

In primo luogo, è possibile prendere in considerazione – quale parametro di valutazione della trasparenza della singola clausola contrattuale oggetto del contratto – un contraente debole di media diligenza²⁰⁶ e normalmente informato: si tratta di un contraente tendenzialmente informato che si rivela non esposto al pericolo di condotte ingannevoli o gravemente scorrette del contraente professionista. In tale ipotesi i confini del canone della trasparenza – *sub specie* di accessibility, foreseeability, chiarezza e comprensibilità della singola clausola unilateralmente posta dal contraente professionista – tendono a restringersi secondo una prospettiva di *favor* nei confronti del proponente.

In tal caso rileverebbe in qualche misura il legittimo affidamento del professionista sull'adeguata scrupolosità del contraente consumatore tale da giustificare la scelta di un linguaggio adeguatamente tecnico.²⁰⁷ Una tale impostazione pare trovare fondamento su uno specifico dato normativo, rappresentato dal Considerando 18 della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, in base al quale « (...) la presente direttiva prende come parametro il

²⁰⁵ 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, 419.; V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, cit., 25 ss. L'A. specifica che, nonostante la collocazione sistematica della norma, la formulazione del primo comma dell'art. 35 c. cons., non ne limita l'impiego al profilo della vessatorietà delle clausole, avendo un ambito applicativo più ampio. Al riguardo V. RIZZO, *Principio di trasparenza e tutela del «contraente debole» (con particolare riguardo al settore assicurativo – e finanziario –)*, in L. Mezzasoma, A. Bellucci, A. Candian, P. Corrias, S. Landini e E. Llamas Pombo (a cura di), *La Banca-assicurazione*, Napoli, 2017, 47 ss.

²⁰⁶ C. PONCIBÒ, *Il consumatore medio*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, 734 ss.

²⁰⁷ Corte Giust., 19.04.2007, causa C-381/05, De Landtsheer Emmanuel; Corte Giust., 19.09.2006, causa C-356/04, Lidl Belgium.

consumatore medio che è normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto dei fattori sociali, culturali e linguistici (...) ».

Sotto un profilo critico di tale modello di trasparenza delineato sulla base del paradigma del contrente consumatore medio²⁰⁸, le espressioni utilizzate nell'inciso sopra riportato conducono alla formulazione di un'obiezione decisiva e concernente il carattere dell'instabilità di tali concetti destinati ad avere un contenuto in continua evoluzione contestuale al mutamento economico e sociale.

Sono state principalmente tali obiezioni critiche a dare la stura alla costruzione di un modello di valutazione della trasparenza ispirato al paradigma del contraente consumatore debole²⁰⁹, delineando per tal via il volto di un contrente debole che non sia dotato delle adeguate competenze necessarie a cogliere il significato normativo ed economico delle singole clausole contrattuali poste dal contraente professionista.

Mutando il paradigma del contraente consumatore modello muta, di conseguenza, anche il contenuto del canone della trasparenza che si va considerando. È evidente che a fronte di un modello paradigmatico che pone al centro un consumatore privo di un adeguato bagaglio conoscitivo capace di fargli in concreto cogliere il peso economico della singola clausola contrattuale, si giustifica un più intenso grado di trasparenza – e quindi di chiarezza ed intellegibilità – richiesto al contraente professionista.²¹⁰

Da un punto di vista critico, appare opportuno rilevare in tal senso che l'intensificazione delle regole dell'"accessibility" e della "foreseeability" – teleologicamente orientata alla guida del contraente debole verso scelte ottimali – non integrerebbe una forma di tutela

²⁰⁸ P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, 330 ss., il quale evidenzia che «occorre verificare in concreto se possono esistere situazioni giuridiche aventi per oggetto l'informazione (art. 810 c.c.), se questo può essere o no dedotta in un negozio quale parte del suo contenuto (art. 1322 c.c.) e se ancora l'informazione può assumere un ruolo nello stesso contenuto dei tipici». Si veda anche A. NERVI, *La nozione giuridica di informazione e la disciplina del mercato. Argomenti di discussione*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I, 845 ss.; F. MAIMERI, *Finanziamento alle imprese e riforma societaria*, Reggio Calabria, Falzea editore, 2004, 38; E. BOCCHINI, *Il diritto commerciale nella società d'informazione*, vol. I, Padova, Cedam, 2011; F. PIRAINO, *Sulla nozione di bene giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 459 ss.

²⁰⁹ Sul punto vi è chi sostiene che la debolezza del soggetto aderente al contratto deriva da una mancanza di potere contrattuale piuttosto che dall'ignoranza di ciò che viene loro proposto e delle condizioni dell'offerta. In definitiva il consumatore non ha la possibilità di scegliere. Al già menzionato dato si aggiungono gli effetti perversi del fenomeno della c.d. information overload che, in un contesto contrassegnato da tecnicismo, può tradursi in «un deficit di conoscenza sino ad integrare una specifica tipologia di vizio». In particolare, si veda F. GRECO, *Informazione precontrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, Giuffrè, 2010, 56.

²¹⁰ P. RESCIGNO, «Trasparenza» bancaria e di diritto «comune», in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1990, I, 301, il quale precisa che «le regole sulla trasparenza bancaria si collocano nell'area delle norme di tutela del contraente debole, qual è per definizione il cliente della banca»; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, Cedam, 2002; P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 641.

sostanziale universalmente operativa nei confronti di qualsivoglia consumatore: per tal via, infatti, riceverebbero protezione e tutela esclusivamente quei contraenti titolari di una capacità di autotutela, con conseguente esclusione di quella categoria di contraenti intrinsecamente deboli già socialmente segregati, che non siano in grado di determinarsi a fronte delle diverse tipologie di informazioni messe a disposizione dal contraente professionista.

Si tratta del consumatore irrimediabilmente escluso dal tessuto del mercato interno e comunitario: in altre parole, la maggiore intensità ed elasticità dei canoni della trasparenza consumeristica non sarebbero in grado di porre rimedio alla concreta esclusione dal mercato di un consumatore totalmente miope e dunque inconsapevole. In tale ipotesi, infatti, l'elemento di debolezza intrinseca non si ricollega tanto alla mancata conoscenza del contenuto delle singole clausole onerose, quanto piuttosto al difetto di un sostanziale potere di scelta.

Oltre a ciò, non sono mancate voci nella letteratura anglosassone che hanno messo in evidenza il rischio dell'eccesso: si è evidenziato infatti come l'assiduo incremento informativo – soprattutto nel quadro dei contratti di credito al consumo e più in generale dei contratti bancari connotati dal un elevato coefficiente di tecnicismo – sia di per sé idoneo a determinare l'assenza di una piena e consapevole adesione del consumatore al regolamento negoziale, finendo per inficiarne l'elemento volitivo.

Ancora una volta può trovare applicazione, anche sul versante civilistico, una soluzione di equilibrio volta a realizzare l'equo contemperamento degli interessi in giuoco.

In particolare, appare un'impostazione convincente quella volta a dare centralità e risalto al principio del ragionevole e legittimo affidamento²¹¹ del consumatore che porta a ritenere meritevole di tutela la sua legittima aspettativa avente ad oggetto le qualità di un prodotto che forma oggetto di un determinato tipo contrattuale.²¹²

Ne consegue che il parametro per valutare la conformità della singola clausola dell'accordo negoziale al canone della trasparenza – *sub specie* di chiarezza e comprensibilità – sarà individuato verificando concretamente se, un contraente normalmente avveduto alla stregua del modello *dell'homo eiusdem condicionis et*

²¹¹ P. TRIMARCHI, *Il diritto protegge gli ingenui, Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano 2014, 1387.

²¹² Sul punto si veda S. PAGLIANTINI, *In memoriam del consumatore medio*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.1, 1° marzo 2021: l'A. rileva sul punto che la vera questione di fondo è se si possa immaginare che l'abusività non sia dichiarabile quando al consumatore sia contestabile che il proprio affidamento è ingiustificabile perché scaturito da una «mancata normale diligenza».

professionis, possa risultare influenzato nella formazione della determinazione volontaristica in senso adesivo al regolamento contrattuale in ragione dell'inserimento nel contenuto del contratto di clausole redatte in modo intrasparente alla luce dei criteri anzidetti.²¹³

La scelta per uno dei modelli così delineati non è priva di conseguenze rilevanti sul piano giuridico e sul piano economico.

In primo luogo, prevedere un intenso onere di chiarezza e comprensibilità con riferimento al consumatore miope condurrebbe ad un aumento dei costi di produzione ed allocazione nei confronti anche dei consumatori che abbiano una maggiore capacità di orientarsi sul mercato.

Quanto al piano delle problematiche legate alla parcellizzazione del canone della trasparenza in rapporto alla fisionomia del consumatore, pare infine opportuno segnalare che, se sotto un primo profilo, tale forma di atomizzazione del canone della trasparenza risulta funzionale a mettere in luce la tipologia di interessi protetti, da un altro punto di vista tale rottura della logica dell'unitarietà pone maggiori aggravii in termini di diligente attivazione nei confronti di taluni gruppi omogenei di consumatori che potrebbero non godere di un adeguata giustificazione causale alla luce della complessiva operazione di cui sono parti.

Alla luce di tali riflessioni svolte e tenuto conto dell'argomento letterale fondato sulla disposizione contenuta nell'art. 35 Cod. Cons., appare opportuno rilevare che – quantunque in talune occasioni la disciplina comunitaria sottenda una classificazione ed una differenziazione dei contraenti consumatori, incidendo sulla nozione stessa di consumatore medio a seconda che la pratica oggetto di disciplina presenti come interlocutore un gruppo omogeneo di soggetti, come previsto dall'art. 20 comma 2 Cod. cons. che prevede « *Una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori.* » -- la parcellizzazione, la

²¹³ G. DE CRISTOFARO, Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale "sleale" e i parametri di valutazione della "slealtà", in Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007, 135 ss.; M. LIBERTINI, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. Impr.*, 2009, 105 ss.

frammentarietà del grado di trasparenza, chiarezza e comprensibilità richiesta dal contraente professionista non costituisca solamente una problematica di rilievo meramente astratto ma, come chiarito, porta con sé delle rilevanti conseguenze applicative.

Quanto all'estensione dei confini dell'obbligo di trasparenza – *sub specie* di chiarezza e comprensibilità, nel significato sopra chiarito –, sulla base della valorizzazione dell'argomento letterale e sistematico, pare opportuno concludere nel senso che l'intero regolamento negoziale si ammanta del canone della comprensibilità, non dandosi alcun referente normativo – sia nel codice del consumo sia nelle singole leggi speciali – che evochi una netta distinzione tra contenuto principale e contenuto eventuale del contratto, riservando per tal via solo al primo l'incombente relativa all'utilizzo di un linguaggio accessibile per il consumatore.²¹⁴

Anche tale profilo relativo all'estensione dei confini dei canoni dell'"accessibility" e della "foreseeability" non è scevro di conseguenze applicative²¹⁵, se si considera che l'inaccessibilità contenutistica di una clausola comunemente ricondotta nell'*alveus* del contenuto eventuale del contratto potrebbe rappresentare la chiave di volta nell'attività ermeneutica orientata a chiarire il significato complessivo dell'intera operazione negoziale, alla luce della considerazione per cui – azzardando la possibilità di configurare dalla direttiva comunitaria e dalla sua attuazione normativa un principio generale di trasparenza capace di consentire alle disposizioni di cui all'art. 1341 e 1342 c.c. di nutrirsi della nuova linfa sostanzialistica del codice del consumo –, ai sensi dell'art. 1363 c.c. le clausole negoziali si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna di esse il senso che risulta dal complesso dell'atto.²¹⁶

Proseguendo nell'analisi dei confini applicativi della clausola di trasparenza – volta a vagliare la possibilità di assurgere a principio generale della materia contrattuale –

²¹⁴ Il punctum pruriens concerneva la riferibilità del 1469 quater c.c. a tutte le clausole del contratto o solamente a quelle vessatorie. Sul punto si veda S. T. MASUCCI, *Commento sub. art. 1469-quater*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel Codice civile*, a cura di A. Barenghi, Napoli, 1996, 138 ss. Ciò integra un ulteriore argomento a favore della configurabilità di un principio generale di trasparenza, il quale può assolutamente prescindere dal carattere vessatorio della clausola. In tal senso v. V. RIZZO, *Commento sub art. 1469-quater*, in *Commentario al capo XIV bis del Codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di Bianca, Busnelli, Bigliuzzi Geri, Bocchini, Costanza, Judica, Nuzzo, Rizzo, Sesta, Vettori, in *Nuove leggi civ.*, 1997, 1176 e 1185.

²¹⁵ A. DI MAJO, *Trasparenza e squilibrio nelle clausole vessatorie*, in *Corr. giur.*, 2000, 528 ss.

²¹⁶ Proprio l'operatività in tale contesto della disposizione di cui all'art. 1363 c.c. in tema di ermeneusi contrattuale depone nel senso della possibilità di ravvisare l'operatività di un canone generale della trasparenza che, in quanto principio, è in grado di contaminare anche gli accordi negoziali perfezionati tra due professionisti.

occorre verificare se sia implicito nella lettera dell'art. 35 Cod. Cons. una limitazione dall'indagine sul canone della trasparenza, della chiarezza e della comprensibilità, rispetto alle singole clausole onerose che non siano gravate dell'onere della forma scritta.²¹⁷

Privilegiando la centralità dell'argomento letterale relativo all'art 35 cod. cons., parrebbe doversi concludere che, con specifico riferimento alle singole clausole che non siano formulate per iscritto, il presidio normativo di tutela del canone dell'accessibilità dovrà essere ricercato in altre disposizioni, tra cui, giova ricordare, l'art. 1337 c.c. configurandosi un'ipotesi di responsabilità precontrattuale; o, in alternativa, – e qualora ne siano integrati i singoli presupposti di operatività – potrà trovare applicazione la normativa sull'ermeneusi del regolamento negoziale, e nello specifico il principio dell'*interpretatio contra stipulatorem* scolpito all'art. 1370 c.c. Ragionando per assurdo, così interpretata la disciplina di cui all'art. 35 cod. cons., essa darebbe la stura ad una formale legittimazione del professionista nel soprassedere al rispetto dei canoni della chiarezza e comprensibilità.²¹⁸ Ciò premesso, tuttavia, appare quantomeno remota la probabilità del caso di un professionista che, stipulando oralmente un contratto con un consumatore, proponga delle clausole di carattere oneroso ed intrasparente: alla luce del parametro dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*, appare statisticamente improbabile che in un simile contesto il consumatore non si attivi in via immediata ai fini della piena intellegibilità della clausola. Proiettando tale soluzione sul piano degli effetti, si può per tal via argomentare nel senso della creazione di un regime di comunicabilità tra Codice civile e Codice del Consumo che depone a favore della configurazione di un principio generale di trasparenza volto ad integrare le regole sull'interpretazione del contratto prevista dal legislatore nel Codice civile.

²¹⁷ 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, 419. Contra, v. E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali*, p. 101 ss. secondo cui l'oralità del contratto sottrae l'accordo al controllo sulla trasparenza.

²¹⁸ Tale lettura pare suggerita dal Considerando n. 20, il quale dispone che i contratti devono essere redatti in termini chiari e comprensibili; oltre a ciò, essa appare avvalorata dal dato letterale contenuto nel Considerando n. 11 della dir. 93/13/CEE, che stabilisce che il consumatore deve godere della medesima protezione nell'ambito di un contratto orale o di un contratto scritto. Nel Considerando n. 20, infatti, non è prevista alcuna limitazione del principio di trasparenza allo scritto, bensì si considerano i contratti tout court e, in ogni caso, il Considerando n. 11 chiarisce che la medesima protezione deve essere garantita nell'ambito di un contratto orale. Se ne può concludere che il dato letterale in via tombale estende l'operatività del canone generale di trasparenza anche alle singole clausole perfezionate oralmente, avvallando ulteriormente la tesi proposta di un principio generale di trasparenza contrattuale.

Quanto ai profili applicativi della disciplina in questione, sulla base della considerazione che anche in tal caso si tratti di un contratto individuale, è quantomeno ravvisabile l'esistenza di una volontà comune delle parti frutto del temperamento degli interessi contrattualizzati nell'accordo.

Ne consegue che, facendo prevalere l'argomento sistematico su quello letterale, trovando quest'ultimo un referente normativo nel testo della disposizione consumeristica oggetto di indagine nonché nel preambolo della direttiva comunitaria, appare quanto meno dubbia la qualificazione di tali disposizioni come precetti sulla forma: appare più coerente con la qualificazione della trasparenza alla stregua di un principio generale di cui si ammanta l'intero ordinamento giuridico unitario, il suo inquadramento quale norma sul linguaggio che, sotto il profilo contenutistico, obbliga il contraente professionista alla redazione di clausole secondo un canone di accessibilità.

Alla luce della *ratio* della disciplina, volta – oltre che alla tutela degli interessi di natura superindividuale a protezione del mercato e della concorrenza – anche alla compressione dell'asimmetria informativa strutturale che connota il rapporto contrattuale tra professionista e consumatore, e tenuto conto della possibilità di configurare da tale coacervo di disposizioni un principio generale di trasparenza applicabile anche alla tipologia di contratti B2B²¹⁹, è possibile considerare che il riferimento contenuto nell'art. 35 Cod. Cons. alle clausole redatte per iscritto rappresenta un'esemplificazione, se si tiene

²¹⁹ Come è stato sottolineato in più parti del presente lavoro, in alcuni settori, come quelli poc'anzi citati come ad esempio quello bancario o finanziario, anche i professionisti, nel momento in cui si trovano a stipulare un contratto, possono trovarsi in una situazione di sostanziale debolezza nei confronti dell'istituto di credito, per molteplici fattori, quali l'asimmetria informativa (tutt'oggi esistente), maggior potere contrattuale, che di fatto possono rendere la posizione del professionista debole in un modo non troppo diversa da quella in cui normalmente si trova il consumatore. Detto ciò, a parere di chi scrive, dallo studio complessivo (per quanto sommariamente trattati) dei testi normativi citati (cod. cons., t.u.b. t.u.f. codice delle assicurazioni) e dal valore normativo dei principi, in primis il solidarismo, è possibile affermare l'esistenza di un principio generale di trasparenza contrattuale, anche nei contratti stipulati e conclusi tra i professionisti. In qualsiasi contratto, specialmente quelli il cui regolamento viene unilateralmente predisposto, è necessario rispettare sia il principio di trasparenza, sia l'altra (o le altre) parte in quanto persona. P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 555, scrive che è doveroso «individuare un sistema del diritto civile maggiormente armonizzato ai principi fondamentali, in particolare, ai bisogni esistenziali della persona; ridefinire il fondamento e l'estensione degli istituti civilistici, sottolineando il loro aspetto funzionale in un tentativo di rivitalizzare le singole normative». In conclusione, è necessario che i civilisti facciano «uno sforzo di ammodernamento dello strumentario e, in particolare, della teoria dell'interpretazione contribuendo così alla creazione del diritto civile costituzionale». Non molto lontano da questo pensiero, A. CANDIAN, *Art 32 bis. Tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, in M. Frantini e G. Gasparri (a cura di), *Il testo unico della finanza*, Torino, 2012, 518, il quale afferma, da un lato, che «la terminologia generica di investitori è possibile riferirla sia agli investitori-consumatori e sia agli investitori persone giuridiche o enti di fatto che, pur essendo persone fisiche, concludano contratti di investimento finanziario (anche per fini rientranti nell'attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale), e dall'altro che è doveroso estendere alla categoria più ampia di «investitori» i rimedi preposti per i consumatori.

conto che sono innumerevoli i contratti che il consumatore conclude con il professionista per iscritto, e che è con riferimento a questi ultimi – diversamente dai contratti stipulati in forma orale – che trovano statisticamente più spazio le condizioni contrattuali formulate in modo intrasparente. A chi riconduce l’obbligo di trasparenza, nell’ipotesi della stipula di contratti in forma orale, all’assoggettamento alle regole della responsabilità precontrattuale, appare di tutta evidenza potersi opporre l’insuperabile critica che si fonda sull’argomento letterale in base al quale, alla luce dei principi enucleati nel preambolo della direttiva risulta inequivocabile l’estensione dell’operatività del canone della chiarezza e della comprensibilità anche all’ipotesi di contratti perfezionati nella forma orale.

Inoltre, va doverosamente chiarito che il canone di trasparenza enucleato dall’art. 35 Cod. Cons. integra una disposizione che non dà la stura ad una selezione degli strumenti che garantiscono la piena accessibilità informativa al contraente debole: alla luce del tenore letterale della disposizione in questione, infatti, emerge la chiara volontà del Legislatore di riferirsi ad ogni tipologia di clausola unilateralmente predisposta dal professionista, a prescindere dalla considerazioni che si tratti di una proposta contrattuale *in certam* od *in incertam personam*.²²⁰ Più nello specifico, qualora il contraente professionista fissi unilateralmente il contenuto dell’accordo mediante un rinvio *per relationem* a clausole che integrino dall’esterno il contenuto del regolamento negoziale, appare coerente con la *ratio* della norma estendere consequenzialmente anche i confini dei canoni di accessibilità.

In altre parole, ciò che appare determinante ai fini dell’attivazione – rilevante anche e soprattutto ai fini del giudizio di vessatorietà – del canone della chiarezza, della comprensibilità ed, in un’ultima analisi, dell’accessibilità informativa è rappresentato dal fatto che si tratti di una clausola unilateralmente posta dal professionista, e ciò sia attraverso la personale enucleazione della singola clausola onerosa sia mediante il ricorso ad un supporto rappresentato dai c.d. moduli o formulari²²¹.

Come ribadito, nell’indagine volta a definire i confini del canone della trasparenza, appare opportuno sganciarla dalla considerazione del destinatario della clausola: infatti, non rileva a tal fine la destinazione della clausola unilateralmente posta dal contraente

²²⁰ Così V. RIZZO, *Art. 1469 quater c.c.*, cit., 797.

²²¹ Sul punto si veda quanto disposto in materia dall’art. 1342 c.c.

professionista. Nello specifico, essa potrà essere parte di un più ampio modulo o formulario diretto al perfezionamento di una serie indefinita di rapporti contrattuali, o viceversa, potrà trattarsi di una singola clausola creata *ad hoc* dal professionista.

In via di ulteriore precisazione, appare opportuno evidenziare che – sempre con riferimento ai confini applicativi del canone della trasparenza, sub specie di chiarezza e comprensibilità delle clausole unilateralmente poste dal contraente professionista – ai sensi dell’art. 2, lettera a) della direttiva 93/13/CE, in combinato disposto con l’articolo 3, par. 1 della stessa, soltanto le clausole contrattuali che non sono state oggetto di negoziato individuale sono soggette alla direttiva, ed *a fortiori*, per quanto rileva in questa sede, alla disciplina sull’accessibilità informativa volta a colmare l’asimmetria che connota il rapporto tra professionista e consumatore.

Ciò premesso, l’articolo 3, par. 2, dir. 93/13/CEE contiene alcune presunzioni e disposizioni sull’onere della prova nel caso in cui si debba determinare se una clausola contrattuale sia stata oggetto o meno di negoziato individuale. Oltre ai considerando 9 e 11 della Direttiva in esame, anche il sopra citato art. 3, par. 2, fornisce esempi dei tipi di clausole contrattuali cui si applica lo statuto previsto dalla disciplina di derivazione comunitaria, che includono in genere, ma non in via esclusiva, le clausole contrattuali «standardizzate», «di adesione» o redatte preventivamente, che si trovano spesso nei cosiddetti «termini e condizioni». ²²²

Non risultano determinanti la forma in cui le clausole sono redatte, ad esempio in formato stampato, online o offline, scritte a mano o persino orali, il modo in cui è stato stipulato il contratto, ad esempio privatamente o nella forma di un atto notarile, la parte del contratto in cui sono inserite le clausole o se esse siano contenute in uno o più documenti. Ciò che conta è che esse contribuiscano a definire i diritti e gli obblighi delle parti e che non si siano svolti negoziati individuali sulla o sulle clausole specifiche in questione.

In ultima analisi, concludendo sul requisito della effettiva negoziazione quale limite negativo all’operatività di tali clausole, si sottolinea come valutare se vi siano stati *negoziati individuali* su una particolare clausola contrattuale è una questione che compete

²²² In alcuni Stati membri, anche le clausole contrattuali che sono state oggetto di negoziato individuale sono soggette alle norme sulle clausole abusive nei contratti. Si vedano la causa C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation/Amazon*, punto 63; la Causa C-452/18, *Ibercaja Banco*.

ai giudici nazionali. Ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, quando una clausola contrattuale è stata redatta «preventivamente», ad esempio nel caso di un «contratto di adesione», si considera che essa «non sia stata oggetto di negoziato individuale». Il terzo comma dell'articolo 3, paragrafo 2, stabilisce che, qualora il professionista affermi che una «clausola standardizzata» sia stata oggetto di negoziato individuale, su di questi incombe l'onere della prova. Ai sensi del terzo comma dell'articolo 3, paragrafo 2 della Direttiva 93/13/CEE, qualora taluni elementi di una clausola o una clausola isolata siano stati oggetto di negoziato individuale, ciò non significa che le altre clausole contrattuali siano state oggetto di negoziato individuale. La firma del consumatore in calce al contratto o a conferma delle singole clausole non indica certamente che le clausole contrattuali siano state oggetto di negoziato individuale.

5. Il difetto di trasparenza delle clausole contrattuali come elemento costitutivo del giudizio di vessatorietà.

Alla luce delle considerazioni svolte sulla portata dogmatica del canone della trasparenza, appare ora opportuno interrogarsi sull'ammissibilità di quell'orientamento diffuso in dottrina ed in parte della giurisprudenza volto a riconoscere una vera e propria regola di equivalenza tra l'esistenza di una clausola contrattuale unilateralmente posta che non soddisfi i canoni della trasparenza²²³, della chiarezza e della comprensibilità nei termini sopra evidenziati, e la sua qualificazione in termini di abusività.

Appaiono dunque caratterizzate da notevoli ricadute pratiche, talune riflessioni concernenti l'esatta collocazione del principio di trasparenza delle clausole contrattuali nel giudizio di abusività e di vessatorietà che connota il sistema consumeristico.

In particolare, alla luce della sopra esposta configurazione del canone della trasparenza, pare opportuno interrogarsi sul ruolo dallo stesso giocato nel giudizio di

²²³ I dibattiti sviluppatosi intorno all'esegesi della normativa in esame non si sono affatto limitati all'indagine circa la sua portata. Resta ancora incerto, soprattutto, in che modo la formulazione oscura o non trasparente delle clausole debba ripercuotersi concretamente sulla loro valutazione di vessatorietà; in termini più semplici, la seconda discussione inerente l'art. 34, secondo comma, cod. cons., ha avuto ad oggetto le modalità attraverso le quali il sindacato di abusività sulle clausole contrattuali potrebbe estrinsecarsi e produrre i suoi effetti per il tramite del giudizio di trasparenza.

vessatorietà delle clausole, al fine di verificare se sia o meno configurabile una perfetta sovrapposizione tra difetto di trasparenza ed abusività della clausola vessatoria. A parere di chi scrive, proprio dalla non configurabilità di tale equivalenza di natura matematica – per le ragioni che si andranno ad esporre –, ²²⁴si può trarre un argomento a favore della possibilità di configurare dalla normativa consumeristica un principio generale di chiarezza e comprensibilità capace di determinare una lettura in chiave convenzionale ed eurounitaria del requisito della conoscibilità fissato dalla disciplina in tema di condizioni generali di contratto. ²²⁵

In tale prospettiva, occorre prendere le mosse da una duplice considerazione: da un lato, la trasparenza di una clausola non oggetto di trattativa individuale non è sinonimo di non vessatorietà²²⁶; dall'altro lato non si può ritenere che l'opacità della clausola negoziale si sciolga per definizione nella sua vessatorietà ex artt. 33 ss. Cod. cons.²²⁷.

²²⁴ Un primo orientamento affermatosi sul punto ritiene che vi sia una sorta di equazione fondata sul modello matematico tra il carattere intrasparente della clausola contrattuale ed il giudizio di abusività. Sul punto, vedi F. FALCO, *sub art. 1469-quater*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Milano, 1999, 155.

²²⁵ Si muovono in quest'ottica anche altri autori, i quali rammentano come “(...)la stessa mancanza di trasparenza possa dar luogo all'inefficacia della clausola, produttiva di una situazione di squilibrio a carico del consumatore proprio perché intrasparente, dato che l'oscurità può considerarsi in sé e per sé pregiudizievole della posizione del consumatore stesso”.

²²⁶ L. ROSSI CARLEO, *Clausole vessatorie e tipologie di controllo*, cit., 2034 che evidenzia «la tutela del consumatore in materia di clausole vessatorie non si esaurisce nel mero controllo del “contenuto” in senso sostanziale delle clausole presuntivamente abusive, di cui all'art. 33 c. cons., ma, oltre a verificarne la chiarezza, si estende fino ad accertare, in ragione della opacità, la presunta vessatorietà anche di clausole normalmente sottratte al controllo. E diversamente non potrebbe essere. Posto infatti che infatti che il rapporto consumatore-professionista è caratterizzato anche da uno squilibrio cognitivo a favore di quest'ultimo, la conoscenza e la conoscibilità di tutti gli elementi del contratto risulta fondamentale perché l'atto di autonomia svolga i suoi affetti»; F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998, 91 ss. che evidenzia che il controllo sul carattere vessatorio di una clausola non ha un duplice oggetto – squilibrio da un lato, difetto di trasparenza dall'altro – bensì ha come unico oggetto lo squilibrio contrario a buona fede, il difetto di trasparenza altro non è che l'estrinsecazione di uno squilibrio contrario a buona fede. In tal modo l'autore spiega il ruolo di tale principio nel giudizio di vessatorietà.

²²⁷ Aderiscono a tale impostazione che si va valorizzando, coloro i quali tendono a riconoscere al giudice il potere di praticare un vero e proprio controllo di vessatorietà (dall'esito quindi incerto) anche su quella clausola. In questa stessa corrente, poi, si può annoverare chi, ai fini della valutazione giudiziale, apprezza la violazione della trasparenza come indice autonomo di squilibrio in grado di determinare vessatorietà, avvicinandosi dunque alla prima opinione (dalla quale lo divide soltanto il passo seguente, che fa dell'oscurità un indice di valutazione autonomo del semplice squilibrio). Sul punto si veda MASUCCI, in *Commento all'art. 1469-quater*, in Barenghi (a cura di) *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1998, secondo cui “(...)il difetto di trasparenza è indice di squilibrio al quale si può rimediare, un volta effettuato il giudizio di vessatorietà, con l'inefficacia”. Nello stesso senso, BARENGHI, *Art. 34, in Codice del consumo. Commentario*, a cura di V. Cuffaro e con il coordinamento di Barba e Barenghi, III ed., Milano, 2012, 162 ss., il quale considera «(...)la trasparenza un criterio di valutazione della vessatorietà autonomo dal semplice squilibrio, in grado di determinare la nullità della clausola anche laddove il contenuto e l'effetto della particolare disposizione non siano, in sé considerati, vessatori, ma lo possano diventare se oscuri o incomprensibili ».

Oltre a ciò, non è mancato chi autorizza a tutti gli effetti un giudizio di vessatorietà ex art. 33, comma 1, cod. cons., cioè imperniato sull'accertamento dello squilibrio significativo dei diritti e degli obblighi contrattuali

È alla luce di tali considerazioni che, a parere di chi scrive, deve essere letta la disposizione di cui all'art. 4 comma 2 dir. 93/13/CEE, secondo cui la «valutazione del carattere abusivo delle clausole non verte né sulla definizione dell'oggetto principale del contratto, né sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile». Ne deriva che, qualora le suddette clausole presentino un carattere opaco violativo del dovere di *clare loqui* nel senso sopra descritto, esse rientrano *ex lege* nel fuoco del giudizio di abusività, senza tuttavia che sia in alcun modo ravvisabile alcuna forma di automatismo tra l'inaccessibilità della clausola ed il suo carattere abusivo.

Oltre che trattarsi di un'impostazione che – come si vedrà nell'approfondimento relativo alla fisionomia ed alla rilevanza della trasparenza nel complesso e specifico settore del diritto bancario – appare fatta propria dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in taluni recenti pronunce, essa trova un valido fondamento nell'argomento letterale di cui all'art. 4 comma 2 della Direttiva 93/13/CEE: trattandosi di una norma – giova in questo caso porlo in evidenza – di carattere eccezionale e, di conseguenza, non suscettibile di estensione analogica ai sensi dell'art. 14 delle Preleggi, essa trova applicazione con riferimento all'oggetto essenziale del contratto;²²⁸ a contrario, le altre clausole che presentino carattere opaco, non paiono assoggettate al regime ordinario posto dalla disciplina comunitaria e attuato dal Legislatore interno.

contrario a buona fede. La variante sostiene, in particolare, che l'oscurità della clausola non sia da sola sufficiente a far ritenere superato il livello di squilibrio necessario per riscontrare vessatorietà, occorrendo, per contro, verificare specificatamente se l'inserimento della clausola nel regolamento negoziale “(...)determini o meno uno squilibrio significativo dei diritti e degli obblighi delle parti contrario a buona fede”; così PODDIGHE, *I contratti con i consumatori*, Milano, 2000, 137 ss.

²²⁸ Il significato del principio di trasparenza in rapporto alle finalità specifiche della disciplina non sta tanto nel garantire la comprensibilità linguistica delle clausole di un contratto, quanto piuttosto nel contribuire alla protezione del consumatore contro la predisposizione di clausole dagli effetti potenzialmente vessatori. Vanno di conseguenza tenuti distinti due piani di rilevanza del principio di trasparenza: il primo, relativo alle esigenze minime di intelligibilità delle dichiarazioni negoziali, di cui si occupano già, in vario modo, le regole generali del sistema, ricavabili ad esempio dagli artt. 1341, 1346 e 1418, secondo comma, cod. civ.; il secondo (relativo, al contrario, ad una serie di questioni non riducibili alla mera comprensibilità linguistica) la cui disciplina è affidata, appunto, all'articolo in discussione. Sul punto si veda M. NUZZO, *Tutela del consumatore e disciplina generale del contratto*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, 1147, il quale invita a non sovrapporre due prospettive diverse (perché si applichi l'art. 3, comma 2, cod. cons., è comunque necessario che la clausola sia intelligibile, entrando altrimenti in gioco la nullità ex artt. 1346 e 1418 comma 2 cod. civ. per indeterminabilità dell'oggetto e del corrispettivo), e individua la peculiarità della norma nel fatto di attribuire al giudice “(...)la possibilità di valutare se la mancanza di chiarezza e comprensibilità sia strumentale ad uno squilibrio contrario a buona fede: nel qual caso la nullità dovrebbe peraltro conseguire soltanto a seguito di una valutazione complessiva, in mancanza di altre clausole che riequilibrino il contratto”.

Oltre ciò, questa tendenza prevaricatrice rispetto al dato letterale della norma volta a ricavarne un'ingiustificata equazione tra opacità della clausola e vessatorietà, pare trovare la sua ragion d'essere in un errore logico commesso da chi tende a sovrapporre il canone della trasparenza con quello della buona fede in senso oggettivo, quale diligenza comportamentale dell'uomo medio: quand'anche si ritenesse che il contraente professionista sia tenuto al risarcimento del danno per aver posto in essere una scorrettezza nella fase delle trattative che si concretizzasse nell'aver previsto una clausola economica opaca, ciò non vale ad ammetterne la sottoposizione al vaglio di vessatorietà. In tal senso depongono numerose pronunce della Corte di Giustizia che hanno proceduto a definire in termini univoci i caratteri del giudizio di vessatorietà.²²⁹ Come sopra riferito, il concetto di «trasparenza» permea l'intera disciplina dei contratti del consumatore.²³⁰ Tale espressione acquisisce diverse accezioni nel contesto dell'asimmetria contrattuale che è immanente alla materia. In un'accezione ristretta²³¹, la trasparenza è approssimativamente la chiarezza e la comprensibilità delle singole clausole dell'accordo, rilevante ai sensi e per gli effetti dell'art 4 par. 2 direttiva 93/13/CEE. La c.d. trasparenza in senso lato si riferisce, invece, al reticolato di doveri informativi che gravano sul professionista quale parte del rapporto contrattuale: si pensi, a puro titolo esemplificativo, all'obbligo di consegna dei documenti informativi relativi al rapporto contrattuale a chiunque ne faccia istanza, ex art. 70, primo comma, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

Ed è in tale contesto che si inserisce la direttiva 93/13/CEE concernente il giudizio di vessatorietà delle clausole abusive nei contratti stipulati con il consumatore. Infatti, si registra che l'attuale tendenza normativa, anche comunitaria, guarda con favore la

²²⁹ Quanto alla prospettiva del giudizio di trasparenza di matrice tedesca, il paragrafo 307 *BGB* ha introdotto, facendo proprio un precedente indirizzo giurisprudenziale, lo squilibrio da intrasparenza, prevedendo che lo svantaggio squilibrato possa derivare dalla non chiarezza e non comprensibilità della clausola contrattuale attinente non solo al profilo economico del contratto, ma anche a quello normativo, posto che la norma si riferisce a tutte le condizioni generali del contratto. In dottrina V. HABERSACK-KLEINDIEK-WIEDENMANN, *Die EG-Rechtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und das künftige AGB-Gesetz*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1993, 1674; GRAF VON WESTPHALEN, *AGB-Rechtlinie und AGB-Gesetz*, in *Europ. Wirtschafts-Steuern*, 1993, 164 s. Per una completa disamina sul punto V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, Napoli, 2010, 62 ss. Anche il Codice civile ungherese, all'art. 209, par. 4 e 5, prevede espressamente l'equipollenza tra intrasparenza e vessatorietà.

²³⁰ A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, CEDAM, 2017.

²³¹ Ciò che appare assolutamente rilevante sul punto è che il principio di trasparenza, applicato al contesto in esame, deve impedire al professionista di approfittare della mancanza di chiarezza per alterare "(...)un corretto funzionamento del mercato e della concorrenza, rendendo al consumatore impossibile la scelta ottimale"; Così V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, (*La novella del Codice civile*), Napoli, 1997, 117.

costruzione di un mercato governato dalla c.d. *fair competition*, concretizzandosi in un sistema contrattuale che abbia come criterio guida quello della buona fede.²³²

Tale direttiva assurge a strumento realizzativo di una forma di armonizzazione delle legislazioni nazionali. Tale istituto presuppone una collaborazione degli Stati nella fase di attuazione del singolo atto normativo di natura sovranazionale, sulla base di un obbligo assunto dagli Stati membri ai sensi dell'art. 4, par. 3, del Trattato sull'Unione europea.²³³ Molto spesso, ed soprattutto in tale delicato ambito, ci si affida all'strumento della c.d. armonizzazione minima: l'Unione Europea fissa una protezione minima, consentendo agli Stati membri di derogare *in melius*, e quindi di predisporre una disciplina che tuteli in modo più pregnante il contraente debole. A tal proposito occorre rammentare la disposizione di cui all'art. 8 dir. 93/13/CEE, in ragione del quale «Gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore».

I reali custodi dell'armonizzazione comunitaria in materia di contratti asimmetrici sono proprio i consumatori medesimi, i quali – in occasione di controversie nazionali, per il tramite dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea ex art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea – chiedono al giudice comunitario di vagliare le corrispondenza tra le norme dell'ordinamento interno che vengono in rilievo per il singolo caso concreto e gli obiettivi di armonizzazione cui tendono le singole direttive. Ecco che la Corte di Giustizia dell'Unione europea, con le sue pronunce, persegue l'obiettivo di garantire un'interpretazione coerente ed univoca della direttiva, in funzione degli obiettivi perseguiti.²³⁴ Occorre solo puntualizzare che sarà compito spettante al giudice nazionale l'applicazione della singola norma nazionale che attua le direttive. Dalla c.d. armonizzazione minima, che è uno degli elementi caratterizzanti della direttiva 93/13/CEE, discendono due conseguenze giuridicamente rilevanti: da un lato, infatti, è ammessa dal Legislatore comunitario la derogabilità *in melius* delle disposizioni in essa contenute, e dall'altro lato il ruolo armonizzante delle

²³² C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, Milano, 2000, 379.

²³³ La Corte di giustizia dell'Unione europea ha più volte sottolineato che gli Stati membri non possono sottrarsi all'obbligo di dare attuazione alle direttive, (vedi C-336/97);

²³⁴ Cfr. CGUE, causa C-203/99, *Veefald c. Arhus Amtskommune*: secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, le deroghe alle norme comunitarie dirette a tutelare i consumatori devono essere interpretate in modo restrittivo.

direttive europee porta con sé la necessità di raggiungere talune soluzioni di compromesso, con la conseguenza che il dettato normativo sovranazionale risulta volontariamente affetto da forme di ricercata genericità. Tale problematica assume un particolare rilievo con riferimento alle c.d. clausole “floor” o “suélo”, che caratterizzano la maggioranza dei contratti di mutuo a tasso variabile²³⁵. Con l’inserzione di tale clausola c.d. “suélo”, si prevedeva nel contratto di mutuo un tasso minimo di interesse garantito. Il Tribunale Spagnolo, adito a fronte di una “class-action” di consumatori, giovandosi del tenore letterale della disposizione di cui all’art.8 Dir. 93/13/CEE, e più in generale della clausola di armonizzazione minima, “crea” *ex novo* l’equivalenza giuridica tra difetto di trasparenza e vessatorietà, riconducendo tale tipologia di clausola all’oggetto principale del contratto ex art. 4 par. 2 della Direttiva e sottraendola di fatto al controllo giurisdizionale di vessatorietà, a condizione però che fosse redatta in modo chiaro e comprensibile.

Ai sensi dell’art. 6 dir. 93/13/CEE «Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore». Tale disposizione ha ricevuto attuazione nell’ordinamento spagnolo mediante l’inserimento dell’art. 1306 del Codice civile, il quale esplica la non vincolatività delle clausole abusive in termini di nullità. Ne deriva che anche l’art. 6 dir. 93/13/CEE appare ispirato ad una logica di armonizzazione minima, nulla dicendo circa il *dies a quo* rispetto al quale opererebbe la non vincolatività della clausola abusiva. A tal proposito, il giudice di prime cure spagnolo, sul presupposto della buona fede degli istituti di credito, opta per una nullità della “clausola suélo” operante *ex nunc*, facendo decorrere *dies a quo* per l’azione di ripetizione dell’indebitato dalla pubblicazione della sentenza, e non invece dalla conclusione dell’accordo. La Corte di Giustizia dell’Unione Europea fu chiamata a pronunciarsi sulla conformità della decisione del Tribunale spagnolo alla direttiva, che tuttavia presenta una ricercata genericità in nome di quell’obiettivo di armonizzazione minima che permea l’intero atto normativo.

In tutta risposta, i Giudici della Corte del Lussemburgo hanno sottolineato che l’irretroattività della nullità delle clausole in esame sarebbe incompatibile rispetto alla *ratio* della normativa ispirata alla tutela del contraente debole. Avvicinandoci al cuore del

²³⁵ Si tratta di quei particolari contratti di mutuo in cui il tasso di interesse si compone di una parte appunto variabile agganciata ad un tasso di riferimento (ad es. uno dei tassi Euribor), e di una maggiorazione fissa (c.d. spread).

problema, occorre precisare che le c.d. “clausolas suelo”²³⁶ non formerebbero oggetto del giudizio di vessatorietà ex art. 4 par. 2 dir. 93/13/CEE in quanto esse definirebbero l’oggetto principale del contratto con una funzione individuatrice delle prestazioni essenziali che ne connotano il contenuto. Sempre in ragione del principio di armonizzazione minima di cui all’ art. 8 della Direttiva in esame, la vicenda processuale esaminata sarebbe rivelatrice di una funzione eminentemente creatrice della regola di diritto da parte dell’operatore del diritto il quale, superando ampiamente la lettera del dato normativo, avrebbe indebitamente dato vita ad un’equivalenza tra il difetto di trasparenza di una condizione contrattuale e la sua qualificazione in termini di vessatorietà.²³⁷

A tal proposito, a più riprese la Corte di Giustizia dell’Unione europea²³⁸ ha chiarito i confini entro i quali trova applicazione il canone di trasparenza. Ella ha interpretato il concetto di trasparenza in senso estensivo: la clausola economica, ed in particolare quella che ha una funzione individuatrice dell’oggetto dell’accordo ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 4 par. 2 dir. 93/13/CEE, sarebbe soggetta ad un doppio sindacato di trasparenza: in primo luogo, quello lessicale; in secondo luogo, solo in caso di positiva esitazione del primo giudizio, si procederà con un sindacato sulla trasparenza della clausola contrattuale in senso economico. Intanto la clausola economica potrà qualificarsi come trasparente in quanto sia in grado, anche solo in potenza, di far cogliere al contraente debole, sulla base di criteri intellegibili, quale sia il sacrificio economico del contratto che grava sul consumatore.

Passando all’analisi del tema con riferimento alla casistica applicativa, il nodo problematico che la Corte di Giustizia è stata chiamata a sciogliere è il seguente: stabilire se la clausola che prevede che il corso di vendita di una valuta estera rilevante ai fini del calcolo dei rimborsi di un mutuo, espresso in siffatta valuta, rientri nell’«*oggetto principale del contratto*» di mutuo. In caso affermativo, occorre tenere presente che l’art. 4 comma 2 della direttiva in esame ne disciplina il sindacato di abusività – e più in

²³⁶ Per l’affermazione secondo cui le clausolas suelo sono clausole che definiscono l’«oggetto principale del contratto» v. il par. 189 della motivazione della sentenza. Conclusione dalla quale deriva il fatto che tali clausole sarebbero sottratte al controllo di merito di abusività, con l’unica eccezione dell’art. 4 par. 2 della Direttiva.

²³⁷ Financo per le clausole economiche, il giudizio di vessatorietà si compone di due elementi costitutivi: a) l’intraspertenza: violazione della regola della buona fede nell’accezione che si vedrà; b) la sussistenza di uno squilibrio significativo che deriva dall’inserzione della clausola.

²³⁸ Corte di Giustizia UE 30 aprile 2014, Árpád Kasler, par. 49-54 e 69-72).

generale di trasparenza – distinguendo tra le clausole che siano o meno essenziali alla qualificazione dell’oggetto del contratto.

Ne deriva che, alla luce della finalità di armonizzazione minima cui è incline la direttiva in esame, potrebbe tornare in auge la conclusione cui è addivenuto il Giudice di prime cure spagnolo nel caso delle clausole c.d. “floor”, che spingerebbe a far ricorso alla regola dell’equivalenza tra difetto di trasparenza e vessatorietà.

6. La Corte di Giustizia dell’Unione europea sulla nozione di «trasparenza», con particolare riferimento ai contratti di mutuo ad interesse variabile: la clausola “floor” e la c.d. trasparenza “*in re ipsa*”.

Giunti a tal punto della trattazione, appare dunque doveroso effettuare una breve chiosa su una delle problematiche più affascinanti che riguardano le clausole vessatorie, ovvero il cosiddetto giudizio di vessatorietà «*in re ipsa*». ²³⁹ Sulla già menzionata tematica, dottrina e giurisprudenza si sono letteralmente divise tra chi ritiene necessario e sufficiente, con riferimento alle clausole che definiscono l’oggetto principale del contratto o la perequazione tra la prestazione e la controprestazione, la mera opacità delle stesse e chi, viceversa, sottolinea che anche per tali clausole sia necessario un requisito costitutivo ulteriore, ovvero il significativo squilibrio dei diritti e dei doveri che derivano dal regolamento contrattuale ai sensi dell’art. 3 Dir. 93/13/CEE. ²⁴⁰ L’oggetto della

²³⁹ Sul tema si sono espressi ampiamente G. D’AMICO e S. PAGLIANTINI, *L’armonizzazione degli ordinamenti dell’Ue*, *op. cit.*, 84, i quali affermano che il giudizio di vessatorietà, anche quando ha ad oggetto le clausole economiche dell’accordo, non si attegga diversamente dal modo in cui esso opera con riferimento alle clausole normative, escludendo così la c.d. vessatorietà *in re ipsa* ovvero determinata dalla mera intrasparenza della clausola economica; F. SCAVONE, *Le clausole abusive e gli effetti della declaratoria di nullità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: il caso Käsler c. OTP Jelzálogbank Zrt*, in *Contr. impr/Eur.*, 2014, 102 ss.; M. C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, 270.

²⁴⁰ Con riferimento al nostro ordinamento giuridico, sulla infondatezza della dicotomia si è espresso, G. D’AMICO, *La vessatorietà delle clausole floor*, in *I contratti* par. 3, 2017, 261 ss. In tal senso si è pronunciata anche una buona parte della dottrina, V. CARBONE, *La difficile attuazione della direttiva comunitaria 93/13/CEE in Corr. Giur.* 1996, 250 ss., V. ROPPO, *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. giur. Treccani vol. VI* Roma 1994, 3, G. ALPA e S. PATTI, *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. dir. priv* diretto da Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, a cura di G. Alpa e S. Patti, Milano 2000, 65 ss.; S. TROIANO, *Art 1469 bis 1 comma c.c. in Le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, a cura di G. Alpa e S. Patti, Milano, 1997, 35 ss. Parla di giudizio di vessatorietà *in re ipsa*, anche F. CALVARI, *Equilibrio normativo ed equilibrio economico nei contratti dei consumatori: dialogo tra la giurisprudenza italiana e tedesca*, in

“querelle” teorico-pratica appena accennata sono i requisiti necessari e sufficienti che permettono al giudice di dichiarare la vessatorietà delle clausole richiamate dall’art. 4 par. 2 della dir. 93/13/CEE. La tematica inevitabilmente si sposa con l’importanza assunta dagli obblighi di informazione contenuti nel modello europeo di regolamentazione dei contratti del consumatore. Tuttavia, in tale sede non si vuole sottolineare il loro ruolo e la loro funzione di tutela per il contraente debole bensì individuare, sempre nell’ottica europeistica, i rimedi previsti per la loro violazione. L’approccio comparativo è inevitabile dato che il legislatore europeo, in relazione a questa specifica tematica, ha rimesso alla discrezionalità degli Stati membri le precise conseguenze da far discendere dall’inosservanza dei doveri di informazione imposti al professionista²⁴¹. La complessità della questione è facilmente intuibile se si pensa che anche all’interno di un singolo Stato è possibile che sussistano diversi rimedi applicabili per la violazione dei doveri di informazione. La molteplicità dei rimedi non è frutto di una disorganica attività di ricezione del contenuto della direttiva da parte del Legislatore, ma essa risponde a diverse esigenze derivanti da svariati fattori del caso concreto. Si prenda in considerazione, ad esempio, la diversa fase contrattuale nella quale si colloca l’obbligo di informazione non adempiuto, oppure all’importanza dell’informazione omessa o fornita in un modo non chiaro e comprensibile, la tipologia del contratto in relazione al quale sono previsti gli obblighi violati.²⁴² Forse il motivo di questa trasposizione va individuato nella scelta del Legislatore europeo di riconoscere agli Stati membri la libertà di individuare i rimedi idonei maggiormente in linea con le caratteristiche e le tradizioni che caratterizzano il singolo ordinamento giuridico. Per sciogliere il quesito sopra sollevato è doveroso fare un cenno alla giurisprudenza della Corte di Giustizia che si è trovata più volte ad affrontare la spinosa questione della “vessatorietà *in re ipsa*”. Una vicenda interessante

Contratto e Impresa n.1 2004, 58 ss., la quale sottolinea che alcuni tribunali italiani hanno applicato anche il criterio dello «squilibrio economico derivante dall’opacità della clausola», in tal senso l’ordinanza del 24 marzo 1998 emessa dal Tribunale di Roma che in sede di reclamo, ha ordinato all’Assitalia di non utilizzare la clausola che riconosceva l’indennizzo solo per i danni riportati da un soggetto «integro e sano», prestandosi questa espressione a diverse interpretazioni ed essendo pertanto non chiaro il relativo significato, mentre ha ritenuto pienamente efficaci altre clausole attributive di vantaggi al professionista. I giudici capitolini hanno ritenuto che il semplice difetto di trasparenza di cui era affetta la clausola che riconosceva l’indennizzo solo per i danni riportati da soggetto integro e sano giustificasse la concessione del provvedimento d’urgenza a causa di uno squilibrio *in re ipsa*. Trib. Roma, ord. 24 dicembre 1997, in *Foro.it*, vol. 121, 3331, 3332 ss. L’orientamento in questione è stato successivamente sposato anche dal Tribunale di Roma nella sentenza emessa il 21 gennaio del 2000, Trib. Roma, Sent. 21 gennaio 2000, in *Foro.it*, 2000, I, 297.

²⁴¹ Sulla distinzione tra il dover di far conoscere ed il dover di far comprendere vedi infra.

²⁴² Così in G. D’AMICO, S. PAGLIANTINI, op. cit., 88.

in tal senso è quella che vede come protagoniste le “cláusulas suelo”²⁴³, ovvero quelle particolari clausole – connotanti i contratti di finanziamento – che stabiliscono che l’interesse dovuto dal mutuatario alla banca mutuante non possa comunque scendere al di sotto di un determinato livello²⁴⁴. In buona sostanza le clausole in questione creavano surrettiziamente, e all’insaputa dei contraenti, un tasso minimo garantito. Le “clausole suelo” erano ampiamente utilizzate nel tessuto economico e giuridico dell’ordinamento spagnolo, almeno fino al 2013 anno in cui il Tribunale Supremo²⁴⁵ le ha qualificate come vessatorie a causa della loro predisposizione poco trasparente e irrispettosa degli obblighi di informazione da parte degli istituti di credito. Il Tribunale Supremo ha prima ritenuto che tali clausole rientrassero nel perimetro dell’art. 4 par. 2 della direttiva 1993/13/CEE in quanto attinenti all’oggetto principale del contratto e successivamente, visto l’inserimento delle stesse nel regolamento in modo non trasparente, ne ha dichiarato il carattere vessatorio²⁴⁶. La peculiarità della decisione va individuata nel fatto che il giudizio di vessatorietà è basato sulla violazione del dovere di trasparenza²⁴⁷. Prima di far discendere una regola generale – ammesso che ciò sia possibile – dalla pronuncia del Tribunale spagnolo, occorre sottolineare che lo stesso ha creato molte discussioni all’interno dello stesso ordinamento spagnolo. Il problema va individuato nel fatto che il Legislatore spagnolo non ha traslato sul piano nazionale il contenuto del paragrafo 2 dell’art. 4 della direttiva 93/13/CEE. Questo ha fatto sì che nel contesto dottrinale sorgesse un orientamento che, in linea con la decisione del Tribunale Supremo, attribuisce al giudice il potere di valutare il carattere vessatorio di tutte le clausole che compongono il regolamento contrattuale, ivi comprese quelle relative all’oggetto principale del

²⁴³ Corte giust. 21 dicembre 2016 *Francisco Gutiérrez Naranjo Contro Cajasur Banco SAU* (C-154/15), consultabile eur-lex.europa.eu. *Ana María Palacios Martínez contro Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA)* (C-307/15), *Banco Popular Español SA Contro Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu* (C-308/15).

²⁴⁴ Così G. D’AMICO, S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 89, visto che la sentenza è stata precedentemente citata si rinvia al primo capitolo per maggiori dettagli sulle clausole *Floor*.

²⁴⁵ Con la sentenza del *Pleno* del Tribunale Supremo Spagnolo n 241 9 Maggio 2013 consultabile su Curia.europa.eu.

²⁴⁶ Così in G. D’AMICO, S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 91.

²⁴⁷ Secondo il Tribunale spagnolo le clausole *suelo*, così come inserite nel regolamento contrattuale nel caso di specie, non rispettano il criterio di Trasparenza cristallizzato nella direttiva 1993/13/CEE a causa di svariate ragioni. In *primis* mancava un’informazione chiara e comprensibile sul ruolo e sul funzionamento effettivo delle clausole. Le clausole *suelo* inoltre venivano presentate insieme alle clausole tetto, rappresentate alla stregua di un contraltare di quest’ultime. Inoltre, le stesse clausole non venivano presentati i possibili scenari ipotizzabili nel breve periodo. Infine, il Tribunale ha sottolineato anche una prassi molto diffusa degli istituti di credito: questi, infatti, erano soliti inserire le clausole *suelo* nel pieno centro del ginepraio di clausole che finivano per inghiottirla in modo che l’attenzione del contraente veniva totalmente distolta nel momento della stipula.

contratto che potrebbero essere dichiarate tali a causa della loro sostanziale opacità ed a prescindere quindi dalla loro eventuale incidenza sul contenuto economico del contratto. In tale prospettiva, dunque, il mero deficit di chiarezza e comprensibilità delle clausole contrattuali sarebbe già sufficiente per il giudizio di vessatorietà, prescindendo dall'analisi contenutistica sul carattere potenzialmente iniquo delle stesse²⁴⁸. Tuttavia, tale presa di posizione teorica è stata criticata da autorevole dottrina²⁴⁹ sotto diversi punti di vista. Appare infatti assai discutibile che la mancata trasposizione sul piano nazionale da parte del Legislatore spagnolo del contenuto dell'art. 4 par. 2 della direttiva 1993/13/CEE determini l'esistenza di un principio che riconosce al giudice il potere di valutare in ogni caso la vessatorietà delle clausole relative all'oggetto principale del contratto.

Un principio siffatto, enucleabile in via teorica ma non in via concreta, richiederebbe quantomeno una enunciazione scritta contenuta in una norma di natura precettiva, non potendo, viceversa, essere desunto in via ermeneutica dalla mera omissione del Legislatore spagnolo²⁵⁰. Se così fosse infatti l'autonomia contrattuale verrebbe completamente obliterata in sede giudiziaria dal controllo effettuato dal giudice sulla scorta di un super-principio non scritto. Sulla base di quanto evidenziato, si può concludere che anche in Spagna non è possibile disquisire sul giudizio di vessatorietà della clausola sancito nella dir. 93/13/CEE, basato sia sul rispetto del principio di trasparenza, sia su un controllo contenutistico della stessa.

Nel disegno della direttiva or ora citata è chiara la volontà del Legislatore di basare il giudizio di vessatorietà su due pilastri inscindibilmente connessi: da un lato il rispetto della trasparenza contrattuale; dall'altro lato il significativo squilibrio dei diritti e dei doveri che derivano dal contratto. Tuttavia, in Spagna, il Tribunal Supremo sostiene la tesi opposta, ovvero che la mera violazione dell'obbligo di trasparenza sia sufficiente, almeno per le clausole relative all'oggetto principale del contratto, per decretare il loro carattere vessatorio.

²⁴⁸ Secondo autorevole dottrina, contenuta in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 92, le clausole che definiscono l'oggetto principale del contratto possono essere dichiarate vessatorie in due ipotesi: in caso di opacità delle clausole, sempre se il contenuto delle stesse sia sostanzialmente iniquo, o per la semplice opacità di tali clausole, prescindendo dalla valutazione del contenuto.

²⁴⁹ G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 92.

²⁵⁰ G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 93.

Le argomentazioni poste alla base di questa impostazione non vanno appiattite alla mera non trasposizione sul piano nazionale del contenuto del paragrafo 2 dell'art. 4. Secondo i fautori di questa presa di posizione teorica – tra cui, si badi bene, si annovera anche il Tribunale Supremo – l'opacità di queste clausole particolari ha un carattere qualificato, diverso rispetto alla eventuale opacità delle altre clausole contrattuali «accessorie» rispetto ad esse. La violazione del dovere di trasparenza, infatti, non permette ai consumatori di maturare una decisione seria e pienamente consapevole, oltre che di valutare le condizioni economiche e i prezzi offerti dai concorrenti. Da questo deriva che il consumatore, a causa dell'opacità di tali clausole, non può prendere una decisione consapevole. Questo risvolto pragmatico e deleterio per i contraenti deboli fa elevare, secondo tale pensiero, l'opacità della clausola a requisito autonomo di vessatorietà.

Sempre nel contesto europeo, ad una soluzione non molto diversa da quella ipotizzata dal Tribunale Supremo spagnolo, perviene l'ordinamento giuridico tedesco. Qui, infatti, la dottrina prevalente ipotizza, sulla scorta di una norma contenuta nel BGB che la intrasparenza di talune clausole possa essere sufficiente per il giudizio di vessatorietà delle stesse²⁵¹. La norma in questione è contenuta nel § 307 comma 1 e comma 2 del BGB²⁵² e, diversamente dalla situazione spagnola, riguarda tutte le condizioni generali di contratto e non già solo quelle che attengono alla determinazione dell'oggetto principale del contratto. La dottrina maggioritaria, infatti, interpreta il secondo alinea del comma 1 dell'art. 307 BGB sopra citato nel senso che il Legislatore tedesco con esso abbia voluto introdurre nel proprio tessuto giuridico una disciplina più favorevole per i consumatori rispetto a quella contenuta nella direttiva 93/13/CEE. La maggior tutela per i consumatori tedeschi deriverebbe infatti dalla possibilità del giudice di dichiarare vessatoria una clausola quando sia «nicht klar und verständlich». Tuttavia,

²⁵¹ G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 96.

²⁵² *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. Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung 1. mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist oder 2. wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 gelten nur für Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Andere Bestimmungen können nach Absatz 1 Satz 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 unwirksam sein.*

anche questa presa di posizione teorica, esattamente come quella spagnola, non è esente da critiche da autorevoli dottrine²⁵³.

È possibile infatti argomentare diversamente, partendo proprio dal secondo alinea del comma 1 del § 307 BGB. Questo, infatti, potrebbe non contenere una regola puntuale volta a prescrivere una sorta di eguaglianza matematica, in base alla quale l'opacità coinciderebbe con la vessatorietà della clausola. È quantomeno ragionevole ipotizzare che essa invece contenga piuttosto una semplice presunzione di vessatorietà della clausola derivante dal suo difetto di trasparenza. Più precisamente, l'opacità di una clausola è sintomatica di un comportamento contrario a correttezza del soggetto predisponente, ed è molto probabile che da una clausola e da una condotta di tal guisa possa accompagnarsi anche l'«unangemessene benachteiligung». Da questa prospettiva, non è poi così lontana la situazione tedesca rispetto all'intenzione del Legislatore europeo sopra richiamata. Anche in questo caso, infatti, sono due i requisiti necessari che una clausola contrattuale deve possedere congiuntamente affinché possa essere dichiarata vessatoria dal giudice. A prescindere dalla teoria sposata, sia in relazione all'ordinamento spagnolo, sia con riferimento a quello tedesco o ad altri ordinamenti simili ad essi da questo particolare punto di vista, questi rappresentano solo dei semplici spunti da cui desumere l'esistenza o meno di una regola generale e largamente condivisa tra gli Stati membri che imponga il c.d giudizio di vessatorietà *in re ipsa*. A prescindere dall'esito di questa ricerca in chiave comparativa è certo però che nel sistema delineato dalla direttiva 1993/13/CEE la soluzione è chiara e comprensibile. Non è possibile utilizzare la giurisprudenza della Corte di Giustizia come prova assoluta dell'esistenza nel contesto europeo di una regola di tal guisa. È sicuramente innegabile che la Corte negli anni abbia subito una sorta di metamorfosi, passando dall'essere un organo munito solo ed esclusivamente di poteri interpretativi del diritto scritto, ad una vera e propria fonte di integrazione coattiva del diritto nazionale, troppe volte lacunoso, specialmente nel settore del consumo. A tal riguardo c'è chi in dottrina parla di una funzione ipergiusdizionale, sintomatica di una integrazione di matrice Europea para-legislativa²⁵⁴. Tuttavia, è doveroso sottolineare che la Corte di Giustizia si occupa dello *ius dicere* e non può essere considerata alla stregua

²⁵³ In *primis* S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio e l'integrazione tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: il mondo di ieri o un trompe l'ocil concettuale?* In, *Contratti*, 2014, 853 ss.

²⁵⁴ Così C. CASTRONOVO, *eclissi del diritto civile*, 2015, *cit.*, 232.

di un “référé législatif”²⁵⁵. Le sentenze emesse dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea rifletteranno sempre la realtà e le caratteristiche del singolo Stato membro all’interno del quale nasce il contenzioso. Sostanzialmente, lo studio delle sentenze emesse dalla Corte di Lussemburgo sulla delicata questione della «vessatorietà *in re ipsa*» non potrà avere altra funzione se non quella di riflettere, come una sorta di enorme caleidoscopio, i diversi modi di recepimento della direttiva 93/13/CEE. Dall’esame sistematico delle norme che compongono la citata direttiva è sicuramente possibile affermare che le stesse impongono un esame contenutistico del giudizio di vessatorietà delle clausole, ma tale carattere ancorato al contenuto della clausola vessatoria non è inderogabile. È doveroso, infatti, considerare anche l’art. 8 della direttiva in esame²⁵⁶, alla luce del quale è, pertanto, legittima la normativa nazionale che considera il difetto di trasparenza non come regola di responsabilità bensì come regola di validità della clausola²⁵⁷. L’ordinamento che opta per una regola siffatta, null’altro farebbe che adottare un livello più effettivo di tutela per il consumatore. È palese che tutto questo non è il frutto delle statuizioni emesse da una Corte-Legislatore ma, molto più semplicemente, della discrezionalità dei singoli Stati nel recepire la normativa sovranazionale. Limitandoci a considerare, con una prospettiva atomistica, solo la direttiva 93/13/CEE è agevole comprendere che il mero difetto di chiarezza e comprensibilità delle clausole a cui fa accenno il par. 2 dell’art. 4 non è idoneo a farne dichiarare il carattere abusivo o vessatorio. È fondamentale un *quid pluris* ovvero il sostanziale squilibrio dei diritti e dei doveri derivanti dal contratto causato proprio dalla clausola opaca. La soluzione appare essere più che logica visto e considerato che il controllo di vessatorietà è un controllo basato sul contenuto del contratto ed è volto a rendere inefficaci quelle clausole che determinano il sostanziale squilibrio.

La soluzione appare maggiormente apprezzabile anche da punto di vista empirico: infatti, il consumatore si rivolgerà al giudice, sollevando il problema del carattere opaco della clausola, quando scorgerà nel regolamento del contratto concluso con un professionista

²⁵⁵ In tal senso G. D’AMICO, S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 56.

²⁵⁶ «Gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore».

²⁵⁷ Così G. D’AMICO, S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 60.

una clausola che determina un suo svantaggio. Se invece, diversamente opinando, lo stesso consumatore dovesse scorgere nel regolamento contrattuale una clausola opaca che determina effetti non negativi nei suoi confronti, difficilmente ricorrerà dal giudice per chiedere che venga dichiarata la sua vessatorietà. È palese quindi che la valutazione dell'opacità della clausola vada effettuata in concreto, essendo dunque inscindibilmente connessa agli effetti pregiudizievoli che subisce il consumatore. In tal senso è possibile affermare dunque che la valutazione dell'opacità della singola clausola contrattuale vada operata in concreto, verificando se nella singola fattispecie quella clausola determina – o meglio, abbia già determinato – un irragionevole svantaggio per il contraente debole. Non è possibile, o comunque non avrebbe senso, predicare il difetto di trasparenza della clausola in astratto, in quanto, al contrario, il giudizio sullo squilibrio sostanziale dell'accordo risulta essere preminente e tombale rispetto all'accertamento della trasparenza delle clausole. In definitiva, è possibile affermare che gli elementi che definiscono la vessatorietà delle clausole relative all'oggetto principale del contratto od alla perequazione del sinallagma – integrando per tal via il c.d. contenuto economico del contratto – sono esattamente i medesimi su cui si basa il giudizio di vessatorietà delle clausole relative al contenuto «normativo» del contratto²⁵⁸.

La riflessione sull'esistenza o meno di un giudizio di vessatorietà *in re ipsa* non può non coinvolgere anche la nostra esperienza giuridica. Nel nostro ordinamento la distinzione tra squilibrio normativo e squilibrio economico dalle clausole contrattuali è stata approfondita in sede teorica²⁵⁹ e ha fatto sì che la nozione di clausola abusiva venisse considerata non come una struttura unitaria, ma come un istituto di natura proteiforme: da un lato, una nozione contenutistica relativa al c.d. squilibrio normativo; dall'altro lato, una nozione desumibile dall'opacità delle clausole economiche integranti il c.d. squilibrio economico²⁶⁰. L'annoverare il difetto di chiarezza e comprensibilità come requisito autonomo del giudizio di vessatorietà si basa sul rilievo che l'opacità delle clausole possa impedire a monte un confronto delle condizioni economiche offerte da un determinato

²⁵⁸ G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 103.

²⁵⁹ S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione minima tra regole e principi (studio preliminare sul diritto contrattuale derivato)* in G. D'Amico e Id, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione Europea tra principi e regole*, cit., 36 ss.; F. AZZARI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, cit. p. 37 ss., A. FEDERICO, *op. cit.*, 200, il quale sottolinea che «la violazione del principio di trasparenza pone la complessa questione dei rapporti tra la clausola opaca suscettibile di essere qualificata abusiva e la clausola opaca interpretabile a favore del consumatore».

²⁶⁰ Sulla infondatezza di questa duplicazione della nozione di clausola abusiva v., G. D'AMICO, *La vessatorietà delle clausole floor*, in *Contratti*, 2017, 261 ss.

operatore con quelle offerte da altri²⁶¹. Tutto ciò determina l'impossibilità per i consumatori di effettuare una decisione consapevole in merito alla conclusione o meno del contratto. Autorevole dottrina sottolinea che l'opacità di talune clausole – si pensi, senza pretesa di esaustività, a quelle relative al prezzo – può aggravare ulteriormente la situazione di debolezza in cui versa il consumatore a causa dell'asimmetria informativa; pertanto, la clausola opaca può prescindere dalla valutazione in concreto dello squilibrio normativo che essa determina²⁶². Ovviamente questo non significa però che ogni clausola opaca, in virtù dell'assenza di un coefficiente minimo di trasparenza, possa essere considerata come vessatoria, in quanto l'opacità delle clausole potrebbe essere ipoteticamente favorevole al consumatore o comunque neutra. Vien da sé quindi, secondo il pensiero citato, che «il contenuto di ogni clausola non redatta in modo chiaro e comprensibile deve essere valutato al fine di accertare la concreta sussistenza di uno squilibrio con conseguente negazione dell'automatica vessatorietà della clausola»²⁶³.

Non molto diversamente si esprime altra dottrina²⁶⁴ che mette in luce un ulteriore profilo interessante: se la valutazione della chiarezza e della comprensibilità di determinate clausole è riferita ad un consumatore ragionevolmente avveduto, una clausola può risultare «opaca», ancorché non sollevi alcun dubbio in capo ad un interprete qualificato determinando l'esclusione dell'applicabilità del canone ermeneutico dell'*interpretatio contra stipulatorem* se viene considerata imprescindibile l'ambiguità della formulazione. Il presunto binomio – opacità della clausola uguale vessatorietà della stessa – ha creato anche nel nostro tessuto ordinamentale la sopra accennata duplicazione della nozione di clausola vessatoria. Una nozione contenutistica ex art. 33 cod. cons. identica a quella contenuta nell'art. 3 della direttiva 93/13/CEE in materia di clausole abusive, e una nozione di vessatorietà basata sull'opacità delle clausole e sullo squilibrio economico derivante dalle stesse, contenuta nell'art. 34 comma 2 cod. cons. che riecheggia nel contenuto normativo dell'art. 4 della direttiva sopra citata²⁶⁵. Autorevole dottrina

²⁶¹ A. FEDERICO, *op. cit.*, 200.

²⁶² Così G. LENER, *op. cit.*, 145 ss.

²⁶³ In modo eloquente A. FEDERICO, *op. cit.*, p. 200.

²⁶⁴ G. LENER, *op. cit.*, 150.

²⁶⁵ G. D'AMICO, *op. cit.*, 262 ss. critica questa duplicazione delle clausole vessatorie con riferimento all'operato del Tribunal Supremo spagnolo (nella sentenza di Maggio 2013 in materia di clausole *Floor*) in relazione alla dichiarazione di vessatorietà delle clausole «*suelo*» a causa della loro opacità, o meglio, a causa dell'inserimento nel regolamento contrattuale delle stesse, in modo opaco. Lo stesso sottolinea che il concetto di vessatorietà basato sulla semplice opacità delle clausole contrattuali è diverso rispetto a quello contenuto nella direttiva 1993/13/CEE, esso infatti è basato sull'equilibrio normativo delle clausole.

sottolinea però che l'art. 4 della direttiva in materia di clausole abusive non contiene una diversa nozione di clausola abusiva²⁶⁶ e che la nozione di clausola vessatoria è unica, e che tale unicità di nozione va ravvisata anche nel nostro ordinamento giuridico²⁶⁷. Una conferma di ciò può essere individuata nella disciplina bancaria. Più precisamente, nell'ambito dei contratti di finanziamento con conseguente cessione del quinto della retribuzione è significativa la distinzione tra «costi remunerativi di servizi già interamente prestati all'atto dell'estinzione anticipata del rapporto»²⁶⁸ (up front) e costi soggetti a maturazione nel corso del tempo (recurring)²⁶⁹. L'art. 125 sexies comma 1 del T.u.b. statuisce che il consumatore ha il diritto di rimborsare in modo anticipato, in qualsivoglia momento, tutto o parte dell'importo dovuto al finanziatore, ed in tal caso il consumatore ha diritto ad una riduzione del costo totale del credito che è pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua dell'accordo²⁷⁰. Nella formulazione dei contratti gli intermediari sono tenuti ad esporre in modo chiaro e comprensibile sia i costi imputabili inerenti alla fase prodromica della stipula (up front), sia gli oneri riferibili all'intero svolgimento del rapporto negoziale (recurring). L'eventuale opacità delle clausole contenenti i costi "up front" e "recurring" non determina automaticamente l'abusività delle stesse, e dunque la loro nullità, ma la riferibilità del costo all'intero svolgimento del

²⁶⁶ G. D'AMICO, *op. cit.*, 263 ss., il quale sottolinea che è sicuramente vero che l'art. 4 comma 1 della direttiva 93/13/CEE dispone «che il carattere abusivo di una clausola debba essere valutato (...) considerando tutte le circostanze ricorrenti al momento della stipula del contratto», ma tutto ciò dimostra proprio che la vessatorietà non può identificarsi con le altre *circostanze* (tra le quali è possibile sicuramente annoverare anche la trasparenza intesa come modalità corretta di trattare). La trasparenza non può, da sola, determinare la vessatorietà della clausola, al massimo può essere considerato alla stregua di uno strumento che fa emergere l'esistenza dello squilibrio dei diritti e dei doveri nascenti dal contratto. D'altronde tutto ciò lo riconosce anche lo stesso Tribunale Supremo che nella sentenza citata dispone: «*la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor*» (par. 229).

²⁶⁷ L'esistenza di una nozione di clausola vessatoria basata esclusivamente sulla sua opacità derivante dal combinato disposto degli artt. 34 secondo comma del cod. cons. 36 comma 1 cod. cons. andrebbe ad abrogare tacitamente l'art. 35 comma 2 cod. cons. se è vero che il canone ermeneutico dell'interpretazione favorevole al consumatore ovvero il rimedio manutentivo inerente alle clausole opache, vedrebbe il suo perimetro ridotto solo ed esclusivamente al segmento delle clausole normative, così S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 52.

²⁶⁸ Sulla tematica tra i tanti A. A. DOLMETTA e A. S. ALIBRANDI, *La facoltà di "estinzione anticipata" nei contratti bancari, con segnato riguardo alla disposizione dell'art.7 della legge n. 40/2007*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 523.

²⁶⁹ La Banca d'Italia ha esortato in più occasioni gli intermediari finanziari a «ricostruire le quote di commissioni soggette a maturazione nel corso del tempo» c.d. *recurring* differenziandoli opportunamente dagli oneri non ripetibili in quanto remunerativi di servizi già prestati c.d. *up front* in *Trattato di diritto dell'arbitrato*, diretto da D. Mantucci, ed XV, 2020, Napoli, 803.

²⁷⁰ Così A. FEDERICO, *op. cit.*, 202, il quale sottolinea che la disposizione citata recepisce l'art. 16 della direttiva CEE 23 aprile 2008, n. 48 ed al tempo stesso amplia la regolamentazione prevista dall'ormai abrogato art. 125 comma 2 del t.u.b. che si limitava al riconoscimento di una generica facoltà di adempimento anticipato e del conseguente diritto ad un'equa riduzione del costo complessivo del credito.

rapporto negoziale, in ossequio ad un'interpretazione più favorevole al consumatore ex art. 35 Cod. cons.

La distinzione più volte citata tra «squilibrio normativo» e «squilibrio economico» può avere una mera funzione meramente speculativa, volta a sottolineare le diverse caratteristiche del contenuto di una clausola abusiva ed il diverso squilibrio che deriva dalle stesse (economico o normativo) ma non ha autonoma dignità concettuale e giuridica. Questo significa che il giudizio di vessatorietà non assume sembianze diverse se effettuato in relazione alle clausole relative all'oggetto principale del contratto o in relazione alle altre clausole. Il giudizio di vessatorietà è unico e si fonda sui criteri sopra richiamati.

Un ragionamento non molto dissimile è stato fatto anche dai giudici della Corte di Giustizia dell'Unione europea in una recente sentenza: si tratta del noto caso *Andriuc*²⁷¹. Di particolare rilievo è il par. 52 della pronuncia in esame, parte in cui la Corte risponde a uno dei quesiti oggetto del rinvio pregiudiziale, ovvero se il significativo squilibrio contenuto nell'art. 3 della direttiva 93/13/CEE debba essere valutato con riferimento al momento della conclusione del contratto oppure possa essere valutato in senso dinamico. Sostanzialmente il giudice *a quo* chiede alla Corte di Giustizia se il significativo squilibrio possa manifestarsi dopo la conclusione del contratto, cioè nella fase della esecuzione. Nella formulazione della risposta della Corte sono ben evidenti i due requisiti necessari e sufficienti per la dichiarazione di vessatorietà della clausola, ovvero la violazione della buona fede, concretizzatasi a causa dell'introduzione nel regolamento contrattuale di clausole non chiare e comprensibili e il sostanziale squilibrio contrattuale. Nella sentenza i giudici della Corte di Lussemburgo hanno precisato che spetta al giudice *a quo* valutare se nel caso di specie la banca con la propria condotta, riguardo alla mancata comunicazione al consumatore delle possibili variazioni dei tassi di cambio, dei rischi inerenti alla stipula del mutuo in valuta estera, abbia violato in primo luogo la buona fede e, in secondo luogo, se tali clausole determinino un possibile o eventuale significativo squilibrio. Risulta quindi confermato, in modo quasi lapidario, dalla sentenza della Corte di Giustizia che il giudizio di vessatorietà delle clausole economiche non è diverso rispetto al giudizio di vessatorietà effettuato in relazione alle

²⁷¹ Corte giust. sez. II, 20 settembre 2017, *Ruxandra Paula Andriuc e al. Banca Romanesca SA* causa C-186/16, consultabile su eur-lex.europa.eu.

clausole normative. In conclusione, è possibile affermare che la mera opacità della clausola contrattuale relativa all'oggetto principale del contratto non vale *ex se* a rendere vessatoria la clausola²⁷². A tal fine, infatti, in ossequio al dictum sopra citato della Corte di Giustizia, occorre un *quid pluris* ovvero il significativo squilibrio (anche meramente eventuale) degli obblighi e dei diritti derivanti dal contratto così come cristallizzato nel paragrafo 2 dell'art. 4 della direttiva 93/13/CEE.

7. Cenni conclusivi sul rapporto tra la disciplina delle condizioni generali di contratto e lo statuto della trasparenza consumeristica.

Per una coerente sistemica nell'esame di tali profili problematici, appare opportuno proseguire la trattazione con alcune riflessioni relative alla natura del rapporto – al netto delle osservazioni fin qui svolte – che è possibile tracciare tra la disciplina delle condizioni generali di contratto contenuta nel Codice civile ed il più settoriale giudizio di abusività delle clausole vessatorie delineato dal d.lgs. 205/2006.²⁷³

In chiusura della presente trattazione – e con il proposito di verificare i riflessi applicativi delle considerazioni fino ad ora svolte nel settore della contrattazione bancaria – si darà spazio ad un'attenta disamina volta ad individuare quali possano essere gli argomenti letterali, dogmatici e sistematici capaci di fondare l'innovativa lettura del canone della trasparenza così descritto alla stregua di un principio generale capace di innervarsi anche nella più generale disciplina delle condizioni generali di contratto ex art. 1341 c.c., che rappresenta il cuore delle attuali modalità di conclusione del contratto. Sul presupposto

²⁷² In ossequio a ciò che è sancito dalla direttiva 1993/13/CEE e, visto come è stata traslata sul piano nazionale (italiano) la normativa in quesitone, è possibile sostenere che il ragionamento in questione possa trovare terreno fertile anche in Italia.

²⁷³ In dottrina è frequente l'affermazione secondo cui il codice italiano del 1942 sia stato il primo tra le codificazioni moderne ad aver disciplinato i contratti di massa: v. ad es. G. DE NOVA, *Le condizioni generali di contratto*, in R. SACCO – G. DE NOVA, *Il contratto. Tomo I*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Milano, 2004, 361; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Volume IV. Rimedi – 1*, a cura di Gentili, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 483. Tuttavia (come osservato da G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, *op. cit.*, 299), già il “*Kodeks zobowiazani*” – il codice delle obbligazioni polacco del 1933 – dedicava una norma (l'art. 71) al fenomeno in esame.

che l'incontro delle volontà sociali nello scambio di proposta ed accettazione ai fini del perfezionamento del contratto secondo gli schemi dell'art. 1326 c.c.²⁷⁴ costituisca un vecchio retaggio alla luce delle attuali esigenze di celerità dei traffici commerciali, la tesi sostenuta da chi scrive si pone in una logica di implementazione contenutistica di una normativa – quale quella sul contratto unilateralmente imposto – che sia fonte di tutela non solo formale²⁷⁵ ma anche sostanziale per il professionista che sia parte di un contratto squilibrato. Quanto al tema del rapporto tra la disciplina prevista in materia di condizioni generali di contratto e la parallela – o per certi versi complementare – disciplina fissata dal Codice del Consumo, appare in primo luogo evidente come quest'ultima possa trovare applicazione a prescindere dal rilievo per cui l'assetto di interessi dettagliatamente fissato dal professionista debba trovare applicazione per una serie indefinita di rapporti contrattuali.

Si tratta di un elemento di sicura discontinuità formale rispetto alla disciplina delle condizioni generali di contratto che – tra gli elementi costitutivi del giudizio di vessatorietà –, riconosce la sussumibilità della clausola vessatoria in una delle ipotesi tipiche fissate dalla disciplina nonché la predisposizione unilaterale da parte del professionista di un regolamento negoziale valido per una serie non definita di rapporti negoziali.

Tali considerazioni hanno dato la stura a numerose questioni problematiche, tra le quali è meritevole di segnalazione quella concernente la tipologia di tutela attivabile dal contraente qualora risulti integrato sia il requisito della standardizzazione sia il requisito soggettivo che qualifica il contraente gravato dall'asimmetria come consumatore.

²⁷⁴ A. GENOVESE, *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1961, 802, osserva che disciplinano il fenomeno delle condizioni generali anche gli artt. 1474 c.c. (in tema di mancanza di determinazione espressa del prezzo nella compravendita) e 2211 c.c. (in tema di potere di deroga alle condizioni generali di contratto dell'imprenditore da parte del commesso).

²⁷⁵ V. RIZZO, *Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994, 516-517, il quale afferma che la suddetta tutela si è dimostrata presto insufficiente ad assicurare un'adeguata protezione alla parte debole del contratto. Più precisamente la dottrina citata ritiene che: «non è direttamente rilevante il contenuto vessatorio della clausola quanto la mancanza della forma o dell'accordo che operano secondo i canoni della disciplina classica del contratto.» Continua: «il sistema italiano mostra così punti di resistenza alla emergenza di una vera e propria nozione di clausola abusiva in quanto, oltre a non definirla puntualmente (...) prevede solo la sanzionabilità soltanto se vengono violati i normali profili della disciplina contrattuale specificamente impegnati in questa sede». Lo stesso V. RIZZO, *op. cit.*, 543 precisa che la disciplina consumeristica recepita dalla direttiva 1993/13/CEE nel Codice civile pone al centro l'informazione e la trasparenza richiedendo la verifica, talora anche prima della sottoscrizione del contratto, «che il cliente abbia compreso le caratteristiche essenziali e i rischi dell'operazione proposta, superando così il tradizionale (e formale) statuto di garanzie del contraente debole quale risultante dagli artt. 1341 c.c. e 1342 c.c.

Qualora si versi nell'ipotesi di clausola abusiva sia ai sensi della disciplina delle condizioni generali di contratto ex art. 1341 c.c. sia ai fini della cosiddetta "grey list" consumeristica, la tutela di matrice sostanziale assorbirà quella di matrice formale fissata dal Codice del 1942, in quanto fornisce una tutela maggiormente pregnante nei confronti del contraente debole. Alla luce delle considerazioni sopra svolte, e sul presupposto – da verificare mediante l'enucleazione e l'esame di argomenti dogmatici e sistematici – dell'operatività di un principio generale di trasparenza²⁷⁶, accessibilità, chiarezza e comprensibilità che innerva anche la disciplina delle condizioni generali di contratto, ne consegue che, a parere di chi scrive, nell'ipotesi considerata la specifica approvazione per iscritto del consumatore di una clausola enucleata nel secondo comma dell'art. 1341 comma 2 c.c. non preclude l'indagine sullo squilibrio economico e normativo ex art. 4 della Direttiva comunitaria, in applicazione del principio generale di trasparenza.

A contrario, quantunque non sia soddisfatto l'onere della doppia approvazione per iscritto ex art. 1341 comma 2 c.c. potranno dispiegare effetti giuridici qualora, ad esempio, il contrente gravato dall'asimmetria allegli e provi che quella specifica clausola abbia formato oggetto di trattativa individuale, o dimostrando l'assenza di un carattere squilibrante per l'assetto di interessi fissato con quello specifico regolamento negoziale.

Ciò premesso, l'obiettivo finale di questo elaborato è quello di spingersi fino a verificare in astratto ed in concreto la possibilità di distillare dalla disciplina consumeristica un principio generale di trasparenza ed accessibilità in grado di transitare nel tessuto della contrattazione standardizzata che vede coinvolti due professionisti.²⁷⁷ Affinché quella della trasparenza come principio generale non resti solamente un'utopia bensì integri uno strumento di tutela sostanziale del professionista aderente in un contratto

²⁷⁶ Si consideri il caso Ungherese *Árpád Kásler e Hajnalka Káslerné Rábai* contro *OTP Jelzálogbank ZRT*. Corte giust., 30 aprile 2014, c. 26/13 consultabile su curia.europa.eu inerente alle clausole relative ai corsi di cambio nei contratti di credito in valuta straniera (questa sarà approfondita nel § 1.3 Capitolo 2, oppure il caso *van Hove c. CNP assurances SA*, Corte giust., 23 aprile 2015 consultabile su curia.europa.eu, dove la Corte di Giustizia ha illustrato al giudice municipale francese gli elementi da prendere in considerazione per valutare e conseguentemente giudicare sulla trasparenza di una clausola contrattuale contenuta in un contratto di assicurazione collegato ad un contratto di mutuo funzionale alla garanzia la presa in carico delle rate dovute in caso di eventuale invalidità permanente o inabilità totale a lavorare.

²⁷⁷ È palese che una certa circolarità, chiarezza e comprensibilità impongono che il contratto esponga «in maniera trasparente» ergo in maniera chiara e comprensibile, il funzionamento concreto del contratto. Così M. F. CAMPAGNA, *Contratto di credito e trasparenza: recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, in *La N.G.C.C.* 2018, 502 ss.

B2B, occorre individuare valide argomentazioni sistematiche, dogmatiche ed in ultima analisi giurisprudenziali.

Occorre in tal senso prendere le mosse dalla considerazione per cui lo sviluppo della realtà sociale ha influito notevolmente sulle modalità della contrattazione: infatti, si è passati da un sistema fondato sullo scambio tra proposta ed accettazione secondo le modalità fissate dagli artt. 1326 c.c. ss. ad un sistema economico commerciale che concepisce come tecnica di eccellenza volta al perfezionamento del contratto lo strumento delle condizioni generali di contratto.

Il problema che si cercherà di risolvere è quello di verificare se la conoscenza o la conoscibilità cui fa riferimento la disciplina di cui all'art. 1341 c.c. non sia da intendere solo come consapevolezza dell'esistenza di clausole onerose ma anche come possibilità di accesso al contenuto della clausola, e quindi possibilità di apprensione del suo significato in base ad una lettura sistematica dell'art. 34 Cod. cons.

Come si è visto, la disciplina del Codice civile offre all'aderente un modello di tutela meramente formale: da un lato, si assicura che non siano efficaci nei suoi confronti le condizioni che non ha potuto conoscere anche osservando la dovuta diligenza ex art. 1341 co. 1 c.c.; dall'altro lato, si richiede che egli sottoscriva separatamente le clausole per lui particolarmente onerose ex art. 1341 co. 2 c.c. secondo lo statuto della doppia approvazione.

Questo tipo di tutela è coerente con lo schema ideale che era ancora dominante nella cultura giuridica degli anni '40: ossia, la contrattazione tra pari di ispirazione liberale. Il fenomeno – ancora relativamente nuovo – della contrattazione standardizzata era visto come latore di potenziali distorsioni nella formazione di un consenso integrale e ponderato da parte dell'aderente. Si riteneva perciò che il compito del diritto fosse di assicurare la regolare formazione del consenso, tenuto conto delle particolarità della fattispecie, evitando che l'aderente fosse vincolato a condizioni che non poteva conoscere e, nel caso delle clausole vessatorie, richiedendo il più pervasivo requisito della specifica approvazione scritta.

Per contro, non si riteneva necessario impedire all'aderente di vincolarsi a un contratto sostanzialmente iniquo, a patto che egli fosse pienamente consapevole di ciò che stava sottoscrivendo; anzi, un controllo sostanziale sarebbe stato ritenuto espressione di un paternalismo anti-libertario, poiché si riteneva che fossero le parti ad essere i migliori

giudici dei propri interessi²⁷⁸. Ciò che gli artt. 1341 e 1342 c.c. mirano a risolvere è, in ultima analisi, un problema di corretta formazione del contratto, come testimoniato anche dalla collocazione topografica delle norme nella sezione del c.c. dedicata all'accordo delle parti²⁷⁹.

La dottrina ha tuttavia presto denunciato l'inadeguatezza della disciplina codicistica ad assicurare una tutela effettiva all'aderente²⁸⁰. Da un lato, si è evidenziato che la subordinazione dell'efficacia delle condizioni generali di contratto al solo requisito della conoscibilità di esse, lungi dal rappresentare una garanzia ulteriore per l'aderente, costituisce in realtà per quest'ultimo una deroga *in pejus* rispetto alla disciplina generale; ciò in quanto l'aderente può ritrovarsi vincolato a clausole contrattuali di cui in concreto non era venuto a conoscenza – essendo stato negligente nell'indagine sull'esistenza di condizioni generali di contratto –, mentre, in base ai principi generali, il contraente è tenuto solamente a ciò su cui è caduto effettivamente il suo consenso²⁸¹.

²⁷⁸ V. A. DI MAJO, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano 1970, 74. L'A. osserva che il legislatore ha inteso permettere solo un «controllo c.d. indiretto» sul contenuto delle condizioni generali, che passa attraverso la garanzia del consenso; ossia, le norme sono ispirate alla logica per la quale, se la parte debole consente (tacitamente o espressamente) alle clausole, significa che esse non sono inique. L'attitudine culturale a considerare le condizioni generali di contratto eque per il fatto stesso che la parte non predisponente ha deciso di aderirvi è segnalata dallo stesso A. anche in ID., *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in Riv. dir. comm., 1970, 197.

²⁷⁹ Cfr. A. PAVONE LA ROSA, *Introduzione*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano 1970, 3, il quale, osservando che la dottrina che si era fino a quel momento occupata della disciplina delle condizioni generali di contratto aveva principalmente ragionato sulla compatibilità di questo particolare modello di formazione con il tradizionale paradigma dell'accordo come risultato della collaborazione di entrambe le parti, ritiene che ciò sia coerente con la *ratio* della norme in esame: «la vigente disciplina legislativa (artt. 1341 e 1342) [...] attraverso particolari congegni inerenti alla formazione del singolo contratto intende garantire la “consapevole” adesione della controparte al predisposto assetto negoziale, trascurando o forse anche ritenendo in tale struttura assorbito il problema “so-stanziale” della tutela dell'interesse dell'aderente all'applicazione di un “giusto” regolamento».

²⁸⁰ G. PATTI – S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard...*, cit., 329.

²⁸¹ G. PANZA, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, cit., 104, il quale osserva che l'art. 1341 co. 1 c.c. non deroga solamente alla regola di formazione del consenso contrattuale di cui all'art. 1326 c.c., ma anche alla disciplina dell'errore. Infatti, poiché non sussiste un onere di diligenza a carico del predisponente nell'interpretare l'ordine dell'aderente, non si applicherà lo standard previsto, in tema di riconoscibilità dell'errore, dall'art. 1431 c.c. Per queste ragioni l'A. conclude che l'art. 1341 co. 1 c.c. «non tutela affatto il contraente debole».

Vi è però anche chi non vede in questa ipotesi una deroga alle ordinarie regole di formazione del consenso. In tal senso, A. CATAUDELLA, *Condizioni generali e procedimento di formazione del contratto*, in AA. VV. *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano 1970, 17, nt. 9, osserva che il caso dell'art. 1341 co. 1 c.c. non è l'unico in cui il c.c. richiede la sola conoscibilità per ritenere formatosi il consenso contrattuale, in quanto un meccanismo simile è previsto mediante la presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 c.c. Più articolata la posizione di M. COSTANTINO, *Regole di gioco e tutela del più debole nell'approvazione del programma contrattuale in Riv. dir. civ.* 1972, I, 89, il quale ritiene che l'art. 1341 co. 1 c.c. non sia un'ipotesi speciale rispetto alla disciplina generale della formazione, in quanto ogni dichiarazione contrattuale è resa «in un contesto di circostanze concrete che sono prese in considerazione soltanto come termine oggettivo di riferimento delle regole di formazione del contratto». La regola dell'art. 1341 co. 1 c.c. non rappresenta allora altro che l'adattamento delle regole generali al particolare contesto della contrattazione seriale di massa e delle *quick-hand transactions*.

La specifica approvazione per iscritto, poi, è ritenuta un adempimento del tutto inidoneo ad assicurare un'effettiva tutela del contraente debole. Nella prassi, infatti, la seconda sottoscrizione viene apposta contestualmente alla prima, senza particolari riflessioni ulteriori.²⁸²

Se anche poi l'aderente avesse tempo, modo e attitudine a leggere e comprendere compiutamente le clausole vessatorie, l'attenzione richiamata su di esse dalla necessità della specifica sottoscrizione non gli arrecherebbe un significativo vantaggio. In assenza di un'effettiva possibilità di influenzare il contenuto del contratto, all'aderente non giova affatto essere pienamente consapevole della vessatorietà delle clausole che sottoscrive: egli è posto, infatti, di fronte all'alternativa tra il "prendere o lasciare"²⁸³.

La contrattazione standardizzata, cui deve senz'altro riconoscersi l'imprescindibile valore nell'economia post-industriale, in quanto contribuisce a consentire un'adeguata prevedibilità della programmazione aziendale, porta però con sé il rischio di abusi da parte del professionista predisponente: egli, pur non essendo dotato di un vero e proprio potere normativo, è innegabilmente munito di un potere di fatto, in forza del quale è in grado di conformare nel senso a sé più favorevole la generalità dei rapporti negoziali di cui viene a far parte, senza che la controparte, a causa delle ragioni che si sono ricordate, abbia reali possibilità di apportare una perequazione del testo contrattuale²⁸⁴. Si è, pertanto, ritenuto che fosse necessario rinvenire nell'ordinamento norme o principi che fondassero la possibilità di un controllo sostanziale sulle condizioni generali di contratto. Gli sforzi ricostruttivi della dottrina che si è occupata di questo problema hanno preso direzioni eterogenee.

Nell'ottica di interpretare il requisito di efficacia delle condizioni generali di contratto previsto dall'art. 1341 co. 1 c.c. – ossia, la loro conoscibilità usando l'ordinaria diligenza – in un senso più effettivamente tutelante dell'aderente, si è suggerito di intenderlo non già nell'accezione di una mera possibilità di cognizione sensoriale del

²⁸² G. CAVALLI, *Contratti bancari su moduli e problemi di tutela del contraente debole*, Torino, 1976, p. 22, descrive efficacemente il rito della seconda sottoscrizione come una «vuota cerimonia».

²⁸³ V. anche P. BARCELLONA, *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela...*, cit., 111: «una cosa è, infatti, la garanzia della partecipazione consapevole alla formazione e conclusione del contratto; altra cosa è, in concreto, la garanzia di un equo assetto degli interessi reciproci e della proporzionalità dei sacrifici».

²⁸⁴ In questi termini C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente) ...*, cit., 398.

testo, ma piuttosto come reale comprensibilità del testo anche per una controparte non professionale²⁸⁵.

Interpretata in questo senso, la norma in esame realizza una tutela indiretta dell'aderente, «delimitando la rilevanza del potere di predisposizione sul piano delle modalità di esercizio»²⁸⁶.

Per quanto riguarda invece la possibilità di una tutela diretta dell'aderente, gli studiosi hanno proposto diverse ricostruzioni in base alle quali il nostro ordinamento permetterebbe un controllo di contenuto sui contratti standard.

Così, si è fatto riferimento al criterio della meritevolezza di tutela per negare efficacia alle condizioni generali di contratto che non rispondano ad alcun interesse apprezzabile del predisponente e siano unicamente mirate ad aggravare ingiustificatamente la posizione dell'aderente.

In una diversa prospettiva, si è sostenuto che i contratti standard possono entrare in tensione con principi discendenti dall'ordine pubblico, inteso quale espressione dei principi ordinanti del nostro sistema giuridico. Secondo questa impostazione, poiché l'art. 41 co. 2 Cost. identifica l'utilità sociale quale limite della libertà di iniziativa economica privata – fondamento costituzionale della libertà contrattuale esplicita nei rapporti commerciali –, sarebbe sindacabile il contratto che violi i principi di ordine pubblico economico, tra cui in particolare l'assetto concorrenziale del mercato. Non vi è però unanimità di vedute circa la possibilità di riscontrare una violazione dell'ordine pubblico nella predisposizione di condizioni generali di contratto²⁸⁷.

Ancora, si è suggerito di identificare il parametro di valutazione per un controllo sostanziale dei contratti per adesione nel principio di buona fede oggettiva, scolpito dagli

²⁸⁵ In dottrina è frequente l'affermazione secondo cui sul predisponente non grava semplicemente l'onere di rendere materialmente conoscibili le condizioni generali di contratto, ma anche di redigerle in un linguaggio intellegibile da un consumatore o utente di media cultura. V. ad es. R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in Commentario cod. civ., a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, 242 ss.; G. CHINÉ, *La contrattazione standardizzata*, in *Il contratto in generale*, II, a cura di G. Alpa, G. Chiné, F. Gazzoni, F. Realmonte, L. Rovelli, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, p. 503; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in Volume IV. Rimedi – 1, a cura di Gentili, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, Milano, 2006, 488.

²⁸⁶ M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova 1996, 140 ss. L'A. osserva anche che l'interpretazione della conoscibilità nel senso di intellegibilità ha anche il pregio di unificare il significato della norma dell'art. 1341 co. 1 c.c., che andrebbe altrimenti interpretata differentemente a seconda che si sia di fronte a condizioni generali di contratto riprodotte, richiamate o del tutto esterne alla proposta contrattuale.

²⁸⁷ G. B. FERRI, *Condizioni generali di contratto, diritto dispositivo e ordine pubblico*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, 47 ss. L'A. premette che l'ordine pubblico opera come limite non già delle situazioni giuridiche soggettive, ma piuttosto come limite all'attività privata: esso impone cioè che essa si svolga nel rispetto dei valori fondamentali dell'ordinamento.

artt. 1175 e 1375 c.c. Nello specifico, la deviazione generalizzata dalla normativa codicistica in senso sfavorevole all'aderente è stata considerata una condotta censurabile in quanto contraria a correttezza²⁸⁸.

Poiché però la dottrina tradizionale era restia a riconoscere valore integrativo al precetto di buona fede, che si riteneva avere unicamente funzione valutativa e comportamentale, si dubitava che attraverso il principio di correttezza potesse negarsi efficacia ad un'obbligazione regolarmente sorta, essendo tutt'al più consentito sindacarne le modalità di esercizio.

Una parte della dottrina ha fatto perciò riferimento al principio di equità – cui l'art. 1374 c.c. attribuisce testualmente funzione integrativa del contratto – per ipotizzare, sulla scorta della giurisprudenza tedesca, un potere di sostituzione del giudice delle clausole inique contenute in condizioni generali di contratto con le norme dispositive, ritenute espressione di un equo temperamento degli interessi in gioco.

Il fermento culturale tra gli studiosi ha portato anche alla redazione di un progetto di riforma della disciplina codicistica delle condizioni generali di contratto, presentato ad un convegno del 1981²⁸⁹. Tra le più rilevanti innovazioni proposte, merita menzione la nullità delle clausole sostanzialmente inique, anche se specificamente approvate per iscritto e la previsione di un'azione inibitoria volta a proibire al predisponente l'inclusione di clausole abusive nelle sue condizioni generali di contratto, simile a quella ora disciplinata all'art. 37 Cod. cons.

Un altro elemento di interesse è una prima differenziazione di disciplina a seconda dello status soggettivo dell'aderente, di consumatore o di professionista: per quanto l'ambito di applicazione della normativa sia generale, una clausola contrattuale – ad esempio quella che fissa una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria – è dichiarata nulla a prescindere dalla sua giustificazione nell'economia dell'affare, a meno che «il contratto

²⁸⁸ Vedi. A. DI MAJO, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo...*, cit., 74. Contra, G. PANZA, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, 95 ss., per il quale « la disciplina codicistica delle condizioni generali di contratto ha caratteri di tale specialità rispetto alle regole comuni sulla formazione del contratto che è precluso all'interprete di frustrare la scelta del legislatore di sottoporle a un controllo solo formale, ipotizzando un potere del giudice di sindacarne il contenuto sulla base del principio di buona fede: «sia la *ratio*, sia la specialità della disciplina delle condizioni generali sono incompatibili con l'idea che la buona fede costituisca un limite in questa materia ».

²⁸⁹ M. J. BONELL, *A proposito di una recente proposta di riforma del diritto delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II, 461ss.;

sia stipulato dall'aderente nell'esercizio della sua attività professionale». L'iniziativa non si è però tradotta in alcuna modifica legislativa.

8. Il contratto telematico e le condizioni generali di contratto.

La tecnologia ha stravolto le abitudini dell'uomo: ogni giorno vengono conclusi nello spazio virtuale generato da Internet migliaia di contratti, forse di più rispetto a quelli conclusi con la simultanea presenza, nel medesimo luogo fisico, di chi propone e chi accetta. Negli anni la rete ha subito una lenta, ma inesorabile, torsione funzionale divenendo di fatto un luogo ideale dove poter effettuare scambi di beni e servizi con l'avvento del fenomeno dell'E-commerce. Questo ha sicuramente i suoi vantaggi: tramite Internet, infatti, è possibile dare un assetto ai propri interessi in modo dinamico ma, come autorevole dottrina rileva, il diritto necessita di uno specifico contesto, seppure dinamico ed in continuo divenire. Lo spazio virtuale è tutto tranne che tangibile. Infatti, esso viene definito come «dematerializzato», una sorta di «non luogo» che mette letteralmente in crisi le classiche regole giuridiche in materia contrattuale²⁹⁰. Si tratta sostanzialmente di una realtà, non coincidente con la realtà materiale che ci circonda, praticata dal c.d. *homo digitalis* e caratterizzata da proprie regole spaziali e temporali che sono la causa più prossima dell'annientamento della distanza fisica. Si crea per tal via una dimensione parallela rispetto alla realtà fisica che ha dato la stura alla dematerializzazione del contratto e delle trattative.

In tale contesto, da un lato vi è chi ha sottolineato la trasformazione totale della formazione dell'accordo, mediante atti iscritti in un sistema di mercato; dall'altro lato, non è mancato chi valorizza lo schema della proposta ed accettazione anche nel sistema digitale, seppur con gli ovvi ed opportuni aggiustamenti.²⁹¹

²⁹⁰ E. TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al D. Lgs. 21 febbraio 2014, N.21*, in *Contratto e impresa*, 2014, 1265.

²⁹¹ In tal senso, G. OPPO, *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 529,530. Secondo un'ulteriore impostazione, nelle vendite telematiche l'accordo sarebbe sostituito da una coppia di atti unilaterali autonomi e distinti che non si fonderebbero, ma si ritroverebbero solo nell'identità della merce.

Ciò che in una prima approssimazione appare chiaro è che tale tipologia di contratti non garantisce alcuno spazio alla trattativa tra le parti, secondo uno schema negoziale che per certi versi riecheggia l'unilateralità delle condizioni generali di contratto.

Con particolare riguardo al profilo soggettivo del contratto virtuale così identificato, parti della stipulazione possono essere due professionisti, un professionista ed un consumatore, un professionista e la p.a. od infine due consumatori.

È proprio in tale contesto che si manifesta l'esigenza di un più alto grado di protezione nei confronti di soggetti che in ragione di una forte asimmetria informativa possono essere spinti a concludere contratti fortemente squilibrati sia da un punto di vista economico sia da un punto di vista normativo.

Per tali ragioni anche in tale tipologia contrattuale trovano base legale amplissimi obblighi informativi volti a colmare l'asimmetria che connota tali relazioni tra privati.

Lo strumento di tutela dell'aderente gravato dal peso di tale asimmetria informativa è rappresentato dal neoformalismo contrattuale volto a garantire una centrale rilevanza alla forma di protezione che garantisce l'assolvimento dei doveri informativi che di volta in volta vengono in giuoco.²⁹² Il fine precipuo di tale forma di trasparenza informativa è quello di consentire al consumatore aderente di rendere intellegibile per il consumatore il contenuto del contratto al fine di poter vincolarsi con un semplice "click" nel modo più libero e consapevole.

Sul punto, è una pronuncia del Tribunale di Catanzaro del 2012 a suscitare la curiosità nel verificare la possibilità di intendere la conoscenza o conoscibilità di cui all'art. 1341 c.c. secondo un significato di matrice soggettiva, in continuità con il canone della chiarezza e della comprensibilità previsto dal Codice del consumo.

Ciò impone, in primo luogo, un'indagine sulla tipologia contrattuale di riferimento al fine di una corretta risoluzione del problema prospettato. In particolare, autorevoli voci in letteratura – operando una distinzione in base all'oggetto del contratto – ne hanno messo in evidenza la specialità dello stesso, in quanto accordi volti al trasferimento di un bene informatico o all'esecuzione di un servizio volto ad attribuire un'utilità di carattere informatico.

²⁹² E. TOSI, *op. cit.*, 1295; S. PAGLIANTINI, *La forma informativa degli scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore a proposito di Corte. Giust. CE* 3 settembre 2009, C-489/07, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 281.

In chiave critica, si è obiettato come il reale elemento caratterizzante del contratto telematico risieda in una particolare conformazione della sua funzione economico individuale, alla luce della teoria della causa in concreto. A tale orientamento va riconosciuto il merito di aver rimosso alcuni dei limiti connessi al criterio basato sull'oggetto del contratto, estendendo notevolmente la categoria dei contratti telematici.²⁹³

Tuttavia, alla luce dell'evoluzione dei traffici giuridici, dei sistemi economici e tecnologici che hanno caratterizzato gli ultimi anni, non è seriamente dubitabile che la speciale connotazione del fenomeno in questione concerna la particolare modalità di estrinsecazione della volontà da parte sia del contraente proponente sia del contraente aderente. Si tratta di una nuova modalità di contrattazione, diversa ed ulteriore rispetto a quella prevista dal Codice del 1942 agli artt. 1326 c.c. Proprio in ragione del repentino progresso tecnologico che ha connotato gli ultimi anni, appare opportuno rilevare che quella telematica risulta la principale modalità con cui le parti possono addivenire alla stipula del contratto.²⁹⁴

In definitiva, si può concludere che il contratto c.d. telematico, centrale nel c.d. commercio elettronico, si connota per una speciale modalità di manifestazione della volontà e del consenso negoziali, servendosi a tale scopo degli schemi contrattuali tipici o della clausola di meritevolezza che apre le porte ai negozi atipici.

Ciò premesso, ed ai fini della risoluzione del nodo problematico in questione, pare potersi concludere – alla luce dell'argomento letterale fondato sull'art. 13 del Codice del commercio elettronico e dell'argomento giurisprudenziale relativo ad una lettura euro-unitaria della disciplina delle condizioni generali di contratto – che il contratto telematico rappresenta l'apricatole giuridico che consente una rilettura in senso sostanziale della disciplina dettata in tema di condizioni generali di contratto ex art. 1341 c.c.

Esaurito l'inquadramento dogmatico del contratto telematico, connotato da un profilo specializzante relativo al momento perfezionativo dell'accordo, occorre puntualizzare che la conclusione di tale schema contrattuale è ricondotta da autorevoli voci in letteratura nell'alveo del contratto imposto.

²⁹³ Per cogliere il regime giuridico della sua conclusione telematico, bisogna tenere in considerazione gli aspetti procedurali che si pongono sia a monte che a valle dello stesso, e che sono per lo più riconducibili al fenomeno del neoformalismo sopra introdotto.

²⁹⁴ Per una panoramica sulle varie modalità di contrattazione definite informatiche: A.C. NAZZARO, *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, in *Inf. edir.*, 2010, n. 1-2, pp. 7-32.

Ciò impone alcune riflessioni concernenti *l'iter* formativo del consenso negoziale in uno con la particolare conformazione in tale fattispecie del canone della conoscibilità delle condizioni generali di contratto. Oltre a ciò, si procederà con l'esame dei requisiti ai fini dell'approvazione delle clausole vessatorie.

In primo luogo, quanto alle modalità di perfezionamento del consenso nell'ambito dei contratti telematici, è stato valorizzato dalla letteratura il principio di libertà delle forme qualora non sia specificatamente previsto *ad validitatem* un particolare obbligo formale.²⁹⁵ Ciò consente di ritenere perfezionato il contratto telematico attraverso la tecnica del c.d. "point and click", ossia una modalità di stipulazione del contratto attraverso la pressione "online" del tasto virtuale di accettazione delle condizioni generali di contratto che integra la pagina digitale contenente il contenuto contrattuale standardizzato. Coerentemente con le premesse sin qui svolte, a parere di chi scrive si ritiene di poter concludere che la modalità di perfezionamento del contratto telematico sin qui descritta non integra una forma di accettazione *per facta concludentia* di natura comportamentale, quanto piuttosto una forma di manifestazione espressa della volontà da parte dell'aderente di vincolarsi all'assetto di interessi specificatamente ed unilateralmente fissato dall'imprenditore proponente.

Sulla scorta dell'inquadramento del contratto telematico nelle forme di adesione alle condizioni generali di contratto accettate con la tecnica del "point and click", assume centrale rilievo l'interrogativo concernente i requisiti ed i caratteri della conoscibilità delle condizioni unilateralmente poste nell'ambito di tale particolare fattispecie. Ci si domanda quale sia la fisionomia delle prescrizioni contenute all'art. 1341 c.c. nel contesto del contratto telematico. Come sottolineato in apertura dell'elaborato, lo strumento delle condizioni generali di contratto costituisce oggi lo strumento principale che consente alle parti di addivenire alla conclusione del contratto.

A parere di chi scrive, la pronuncia in esame ha dato la stura all'approfondimento dei confini del requisito della conoscibilità di cui all'art. 1341 c.c.²⁹⁶, suscitando la curiosità

²⁹⁵ Cfr. G. PERLINGIERI, *Il Contratto telematico*, in AA. VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, (a cura di) D. Valentino, Napoli, 2016, 272, secondo il quale «per contratto telematico si intende il contratto concluso grazie allo scambio di dati informatizzati connessi».

²⁹⁶ L'ammissibilità del sistema di formazione del contratto attraverso la modalità del point and click è pacifica e viene ricondotta nell'egida dell'art. 51, comma 2, cod. cons., rubricato «Requisiti formali per i contratti a distanza» che testualmente prevede: «2. Se un contratto a distanza che deve essere concluso con mezzi elettronici impone al consumatore l'obbligo di pagare, il professionista gli comunica in modo chiaro ed evidente

di verificare la possibilità di intenderlo secondo un'accezione di natura sostanziale. Il Tribunale di Catanzaro, nello specifico, ha fornito una lettura sostanziale della norma in questione. Tale pronuncia, con riferimento al primo comma dell'art. 1341 c.c. – il quale ai fini dell'efficacia delle condizioni generali di contratto nei confronti dell'aderente ne prescrive la conoscenza in capo a quest'ultimo ovvero la loro conoscibilità secondo il criterio dell'ordinaria diligenza – considera integrato tale requisito nei contratti telematici, « anche quando le condizioni generali non sono riportate nel testo contrattuale, ma sono contenute in altre schermate del sito o in pagine di secondo livello, purché venga dato risalto al richiamo », e le clausole richiamate siano accessibili « mediante il relativo collegamento elettronico (c.d. “link”) ». Ne deriva – alla luce di tali considerazioni svolte dalla pronuncia menzionata – un concetto di conoscibilità inteso non solo in termini di consapevolezza dell'esistenza di una clausola abusiva, ma nel senso della possibilità di accesso al contenuto di essa e quindi come possibilità di apprensione del suo significato. In ultima analisi, si ritiene che alla luce dell'indagine svolta dal giudice di merito, si possa concludere nel senso della non esauriente concezione della conoscibilità in termini di mera consapevolezza dell'esistenza delle condizioni generali di contratto. Al fine di parificare la posizione del consumatore a quella del professionista aderente sul piano della tutela, si ritiene non integrato il requisito della conoscibilità sulla base del mero rilievo per cui il sito web sul quale esse sono pubblicate è organizzato in modo che non sia possibile approvare il testo contrattuale, se non dopo essere passati dalla pagina contenente le clausole contrattuali ed avere confermato l'avvenuta lettura delle stesse. E tutto ciò a favore dell'opinione che, riducendo il formalismo ed i rigidi dettami di teoria generale dei contratti, ha consentito – sin dall'ingresso del documento informatico nel nostro ordinamento – il diffondersi delle nuove tecnologie e l'incremento dei traffici digitali grazie all'elaborazione ed alla rivisitazione degli ordinari criteri ermeneutici per l'inquadramento delle forme di contrattazione telematica.

le informazioni di cui all'articolo 49, comma 1, lettere a), e), q) ed r), direttamente prima che il consumatore inoltri l'ordine. Il professionista garantisce che, al momento di inoltrare l'ordine, il consumatore riconosca espressamente che l'ordine implica l'obbligo di pagare. Se l'inoltro dell'ordine implica di azionare un pulsante o una funzione analoga, il pulsante o la funzione analoga riportano in modo facilmente leggibile soltanto le parole «ordine con obbligo di pagare» o una formulazione corrispondente inequivocabile indicante che l'inoltro dell'ordine implica l'obbligo di pagare il professionista. Se il professionista non osserva il presente comma, il consumatore non è vincolato dal contratto o dall'ordine. 3. I siti di commercio elettronico indicano in modo chiaro e leggibile, al più tardi all'inizio del processo di ordinazione, se si applicano restrizioni relative alla consegna e quali mezzi di pagamento sono accettati».

Alla luce delle premesse svolte – le quali certamente contribuiscono ad una rilettura in chiave sostanziale del requisito della conoscibilità di cui all’art. 1341 c.c. – rimangono da affrontare le questioni relative alle modalità di concretizzazione del requisito della specifica approvazione per iscritto previsto dall’art. 1341 comma 2 c.c. Più specificamente, sul presupposto dell’applicabilità della disciplina generale in tema di clausole vessatorie al contratto telematico, resta da affrontare il nodo problematico concernente lo speciale atteggiarsi del requisito della doppia sottoscrizione ex art. 1341 comma 2 c.c. in un modello contrattuale in cui la negozialità non si esplica nello svolgimento di trattative individuali, risultando per tal via difficile l’ammissibilità di una vera e propria sottoscrizione.

Con riferimento a tale specifico aspetto, la pronuncia in esame ritiene che ai fini dell’integrazione del requisito di efficacia rappresentato dalla doppia sottoscrizione ex art. 1341 comma 2 c.c. il contraente aderente deve apporre la c.d. firma digitale. E ciò apparirà in perfetta sintonia con quella ricordata impostazione generale che distingue il contratto telematico dal contratto ordinario solo con riferimento alla particolare tipologia dello strumento utilizzato per esprimere il consenso negoziale, dovendosi per il resto far riferimento ai criteri generali stabiliti dal diritto comune, tra cui anche quelli della disciplina legale delle clausole vessatorie dalla quale il contratto “online” non sembra potersi discostare.

9. L’art 13 d.lgs. 70/2003 e la rilevanza del Codice del commercio elettronico.

Una speciale disciplina è dettata dal Legislatore con particolare riferimento a procedimenti che pure hanno bisogno dell'accordo quali quelli relativi ai contratti digitali, telematici o informatici, virtuali. Per quanto concerne i contratti digitali, secondo una certa dottrina, con tale espressione ci si riferisce a contratti stipulati in forma elettronica con firma digitale, senza uso del documento cartaceo (i c.d. paperless contracts). Con riguardo ai contratti telematici, si intendono accordi negoziali senza la contemporanea presenza delle parti nello stesso luogo, secondo la logica dei cosiddetti contratti a distanza. Infine, per contratti informatici in senso stretto, si identificano i contratti con ad oggetto beni o servizi informatici, tra cui il contratto per lo sviluppo di software o di fornitura di un sistema informatico.

Ai fini dell'esame del problema sotteso alla presente trattazione, assume rilevante centralità l'art. 13 d.lgs. 70/2003²⁹⁷ sul Commercio elettronico, attuativo della direttiva europea del 2000, che prevede che le norme sulla conclusione dei contratti si applicano anche nell'ipotesi in cui il destinatario del bene o del servizio della società dell'informazione inoltri il proprio ordine per via telematica. Questo significa che il contratto elettronico è un contratto tecnologicamente peculiare, strumentalmente qualificato, innovato dal punto di vista della piattaforma, ma dal punto di vista giuridico e quindi del meccanismo formativo e della necessità dell'accordo soggiace allo statuto dell'art. 1321 c.c. ed alle regole connesse in tema di incontro tra proposta ed è accettazione. La normativa contiene più generalmente una serie di tutele nei confronti dell'acquirente che acquista attraverso un'operazione virtuale, telematica o di e-commerce, perché è evidente che è forte la sua posizione di soggetto gravato di una forte asimmetria, non solo perché consumatore rispetto al professionista, ma anche perché si

²⁹⁷ Ai sensi dell'art. 13 D.lgs. 70/2003:

1. Le norme sulla conclusione dei contratti si applicano anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione inoltri il proprio ordine per via telematica.
2. Salvo differente accordo tra patti diverse dai consumatori, il prestatore deve, senza ingiustificato ritardo e per via telematica, accusare ricevuta dell'ordine del destinatario contenente un riepilogo delle condizioni generali e particolari applicabili al contratto, le informazioni relative alle caratteristiche essenziali del bene o del servizio e l'indicazione dettagliata del prezzo, dei mezzi di pagamento, del recesso, dei costi di consegna e dei tributi applicabili.
3. L'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando le parti alle quali sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi.
4. Le disposizioni di cui ai commi 2 e 3 non si applicano ai contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti.

trova di fronte ad un venditore che, essendo gestore della piattaforma elettronica, gode di una superiorità professionale, di informatica ed anche strettamente tecnologica.²⁹⁸

In questa logica si pone la lettura dell'art. 13 comma 2 del D.lgs. 70/2003, secondo cui salvo diverso accordo, il prestatore deve accusare ricevuta dell'ordine del destinatario contenente un riepilogo delle informazioni generali, le informazioni essenziali e l'indicazione del prezzo. In definitiva, se un soggetto inoltra un ordine in internet per acquistare un certo bene è necessario che il gestore della piattaforma, il prestatore del servizio, non si limiti a ricevere l'ordine e consegnare il bene, ma accusi una ricevuta dell'ordine contenente un riepilogo delle informazioni essenziali.

Alla luce del quadro sistematico così ricostruito, occorre domandarsi quale sia la corretta lettura del concetto di ricevuta dell'ordine con riepilogo. Secondo una prima impostazione affermata sul punto, esso integrerebbe un obbligo di informazione post contrattuale: il contratto è stipulato e c'è l'obbligo delle due parti di procedere all'esecuzione delle relative prestazioni, sulla base di un dovere informativo puramente a valle. Ciò appare più aderente al dato letterale della norma ma svincola il precetto in quanto privo di sanzione, visto che la sua violazione non incide sull'obbligo dell'acquirente consumatore di pagare il prezzo e quindi di accettare la merce.

Per contro, un secondo orientamento affermatosi sul punto ritiene che si tratti di un modello aggravato di formazione del contratto in una logica di garanzia, dando una lettura della norma più funzionale ad una protezione per il consumatore acquirente di piena conoscenza e certezza in merito all'affare, di integrazione della lacuna informativa. Diversamente dal normale procedimento di formazione di un contratto, caratterizzato da una struttura bifasica, qui vi sarebbe una sequenza trifasica: in primo luogo, l'offerta del

²⁹⁸ Una fondamentale modalità di contrattazione di cui si avvale l'e-commerce, che è forse la più importante per quanto concerne i contratti business to consumer, è rappresentata dall'accesso all'indirizzo telematico, individuato attraverso un URL (Uniform Resource Locator), un IP (Internet Protocol), oppure mediante un codice alfanumerico di nomi di dominio (Domain Name System). Ci riferiamo, più semplicemente alle comunicazioni che avvengono direttamente su di un sito internet, che permette all'offerente di strutturare una o più pagine ipertestuali, attraverso le quali guidare l'acquirente verso la stipulazione del contratto (c.d. sequenza point and click). Questa modalità di conclusione del contratto si caratterizza per la presenza di una offerta contrattuale standardizzata, pertanto riconducibile al contratto per adesione, recante condizioni generali predisposte unilateralmente dall'offerente (artt. 1341, 1342, c.c.). Sul punto si veda C. CAMARDI, *Contratto e rapporto nelle reti telematiche. Un nuovo modello di scambio*, in *Contr. e impr.*, 557 ss., il quale sottolinea che « nell'ipotesi di contratto stipulato mediante accesso al sito «il contratto delle reti telematiche appare sempre più come un atto governato da una procedura standardizzata irreversibile, spersonalizzato, decontestualizzato rispetto al tempo e allo spazio».

bene sulla piattaforma informatica; in secondo luogo, l'ordine da parte dell'acquirente; ed infine l'avviso di conferma che determina la stipulazione del contratto.

La teoria che, viceversa, reputa che l'art. 13 comma 2 d.lgs. 70/2003 faccia riferimento ad una informazione di carattere post contrattuale ritiene necessario differenziare dal punto di vista casistico il meccanismo di formazione del contratto applicando le norme del Codice civile. In tale contesto, al di là dell'interpretazione del co. 2 dell'art. 13 del Codice del commercio elettronico, occorre verificare con riferimento anche a questi contratti se l'esposizione al pubblico del bene attraverso piattaforma elettronica equivalga ad offerta al pubblico che viene accettata nel momento dell'ordine, o si assimila ad un invito ad offrire che implica un'accettazione successiva da parte del prestatore e gestore della piattaforma, ovvero ancora, occorre valutare se sia applicabile il meccanismo di formazione del contratto di cui all'art. 1327 c.c.²⁹⁹: tale ultimo aspetto assume un particolare rilievo come osservazione nel caso in cui la piattaforma chieda di declinare i dati della carta di credito e pagare immediatamente, per cui vi è un perfezionamento del contratto mediante inizio dell'esecuzione della prestazione. Va aggiunto che si pongono problemi particolari in merito all'interpretazione della volontà di chi formula l'ordine. Secondo le categorie dogmatiche tradizionali, che distinguono la dichiarazione tra diretta o indiretta, a seconda che sia linguistica o comportamentale, qui avremo una dichiarazione diretta nell'ipotesi in cui si digitino dei grafemi su internet esplicitando la volontà di acquistare il bene; avremo una dichiarazione indiretta, per contro, nell'ipotesi in cui l'acquirente clicchi il pulsante, con una dichiarazione che sarà circostanziata se egli preme il pulsante nel contesto che rende evidente la volontà di accettare. È evidente che l'errore nella digitazione, laddove non sia giustificato da circostanze peculiari conoscibili all'altra parte, deve considerarsi privo di rilevanza essendo una *protestatio contra factum proprium*.

In definitiva, quindi, in questi meccanismi di conclusione del contratto – tra cui quello ordinario e quelli semplificati ex artt. 1327, 1332, 1333 c.c.; quelli aggravati del contratto reale, formale, consumeristico; quelli speciali ex art. 1336 c.c., e quelli virtuali, per cui si pone il problema se la sequenza sia bifasica o trifasica; e se normalmente bifasica, si pone il problema casistico di vedere se c'è un'offerta al pubblico, un invito ad offrire per cui

²⁹⁹ Vedi sul punto V. FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, Rimini, Maggioli, 1989, 165 ss.; Cfr. N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, n. 2, 347 ss.

diventi trifasica, oppure un'applicazione dell'art. 1327 c.c. quando si paga subito al momento della formulazione dell'ordine – l'accordo è semplificato o aggravato ma non è mai cancellato. In tutti i meccanismi di perfezionamento del contratto enucleati, l'accordo resta elemento costitutivo della fattispecie e resta confermato che il contratto è un negozio che ha una struttura necessariamente bilaterale che richiede due dichiarazioni di volontà combacianti. L'accordo può essere destrutturato, snellito, semplificato, aggravato, specializzato, virtualizzato, ma non può essere tradito.

In primo luogo, con particolare riferimento alla qualificazione giuridica del c.d. commercio elettronico, intorno a tale categoria ruotano posizioni specifiche terminologiche a sostegno o meno di definizioni alternative, quali non solo il più comune "e-commerce", ma anche il meno recente "commercio telematico", a seconda che si intenda privilegiare l'aspetto trasmissivo con cui si realizza lo scambio delle informazioni e l'espressione della volontà delle parti oppure la tecnologia sottostante. In realtà, l'evoluzione stessa da ITCtech a web e l'attuale indiscussa predominanza della rete Internet, come ambiente in cui si colloca questa forma di circolazione della ricchezza, fa preferire l'espressione "commercio elettronico" e la sua traduzione inglese "e-commerce"³⁰⁰.

Per dare una definizione di commercio elettronico, si può sostenere che esso consiste nello svolgimento tramite strumenti informatici e telematici, resi disponibili dalla tecnologia, di attività commerciali di varia natura, come la vendita di beni e servizi, l'effettuazione di operazioni finanziarie e di Borsa – propriamente dette "trading online" –, la distribuzione di contenuti digitali, la partecipazione a transazioni con le pubbliche amministrazioni. Con questa definizione, quindi si ricomprendono, come si tratterà meglio più avanti, non solo canali di vendita diversi, sebbene oggi il web sia predominante, ma anche tipi contrattuali diversi, quantunque il tipo contrattuale naturale sia la compravendita.

³⁰⁰ Nel panorama normativo italiano, all'interno del testo della Circolare n. 3487/C del Decreto Legislativo 31 marzo 1998, n. 114 ("Disciplina della vendita di beni tramite mezzo elettronico. Commercio elettronico"), il Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato richiama la più ampia definizione europea precedentemente riportata, ma poi afferma che, ai fini del D.lgs. 114/1998, per "commercio elettronico" deve intendersi solamente la "parte di commercio elettronico inteso come attività di vendita di beni". Si è così determinato un restringimento dell'ambito. Per quanto riguarda, infine, gli strumenti telematici, è importante notare che il commercio elettronico non si riferisce esclusivamente a Internet, anche se la rete telematica costituisce oggi, indubbiamente, lo strumento prevalentemente utilizzato. Possono essere utilizzate per il commercio elettronico anche altre reti, quali le reti d'impresa proprietarie, e in alcuni casi il termine s'intende comprendente anche la radiodiffusione (così è indicato, ad esempio, nella Comunicazione 157/97).

L'avvento della comunicazione telematica globale ha consentito al commercio di trasferirsi dagli ambiti materiali a quelli virtuali.³⁰¹ Si è così configurato il commercio elettronico, quale modalità di effettuazione dello scambio di beni o servizi attraverso la rete Internet, che costituisce lo strumento per mettere in relazione il compratore ed il venditore, superando i limiti fisici della presenza sia di persona sia nello stesso ambito territoriale, fino ad espandere la potenzialità commerciale all'intero globo. La specificità del mezzo utilizzato e in particolare l'immaterialità e la virtualizzazione del processo di compravendita hanno imposto l'adozione di forme contrattuali peculiari per regolamentare il settore.

In generale, il contratto telematico può essere definito come il contratto concluso tra soggetti posti a distanza ed entrati in relazione attraverso la rete telematica. Più in particolare, può essere delineato come quel particolare contratto realizzato da soggetti posti in relazione esclusivamente in modalità digitale tra di loro, avente ad oggetto un'attività economicamente rilevante e quindi suscettibile di rilievo patrimoniale, normalmente a carattere oneroso, sulla base di una manifestazione di volontà espressa nelle forme tipiche previste per lo specifico strumento telematico. Al di fuori di questo perimetro della fattispecie contrattuale, seppur entro dei confini non molto netti né agevolmente definibili, si ricade in altre situazioni giuridicamente rilevanti, da disciplinare secondo le regole ordinarie o quelle eventualmente particolari dettate dal Legislatore.

La tecnologia, l'informatica e le telecomunicazioni sono il mezzo attraverso cui il contratto telematico viene stipulato, ossia lo strumento attraverso il quale l'accordo contrattuale tra le parti viene esteriorizzato, caratterizzando quindi primariamente la forma del contratto.

Emerge immediatamente la specificità della tipologia contrattuale, caratterizzata prima di tutto dalla particolarità della distanza³⁰² tra i soggetti contraenti e della assenza del luogo

³⁰¹ M. PENNASILICO, *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Dir. Inf.*, 2004, 805 ss. Per una definizione di contratto virtuale, e per la distinzione tra contratto virtuale stipulato mediante accesso al sito e contatto virtuale concluso attraverso e-mail o altre comunicazioni equivalenti e per la distinzione tra commercio elettronico c.d. diretto e indiretto, si veda M. P. PIGNALOSA, *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016, 261 ss.

³⁰² Si veda sul punto N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 12. L'Autore, rispetto ai tratti del mercato moderno e globale scrive: «il mercato è la legge che lo governa e costituisce; e prende forma dalla decisione politica e dalle scelte normative». L'Autore, osserva che le dinamiche del moderno mercato dei consumi si fondano sulla «realità degli scambi di massa [...] luoghi del silenzio [...] luoghi dell'anonimia, in cui

fisico, in cui si colloca l'interazione tra le parti e si realizza l'incontro delle volontà, ed in secondo luogo dallo strumento tipico utilizzato per entrare in contatto, la comunicazione telematica, che attraverso un sistema informatico e trasmissivo basato su substrati fisici, logici e informativi realizza uno spazio virtuale in cui si sviluppa l'interazione tra i contraenti in una forma di contrattazione dematerializzata. Di fronte alla fenomenologia del contratto telematico³⁰³ il diritto ha dapprima applicato le fattispecie disponibili per il contratto a distanza, integrandole con le normative che sono state progressivamente adottate a livello nazionale e internazionale.

Di fronte alle ulteriori evoluzioni del commercio, in dottrina si ritrova una classificazione strutturale che suggerisce una distinzione tra contratto virtuale e la specie più ampia dei contratti a conclusione telematica, anche detti contratti telematici, dove questi ultimi sarebbero quei contratti stipulati genericamente con l'impiego delle nuove tecnologie informatiche e telematiche di comunicazione, mentre i primi sarebbero specificamente la loro più recente evoluzione tecnologica e giuridica, conclusi attraverso l'impiego di piattaforme tecnologiche e servizi Internet disponibili nell'ambiente virtuale World Wide Web³⁰⁴.

Al riguardo si segnala che una specificazione più di dettaglio differenzia i contratti virtuali "in senso ampio" che sarebbero conclusi con qualsiasi servizio telematico basato su Internet, ivi inclusa la trasmissione di email, rispetto ai contratti virtuali "in senso stretto"³⁰⁵, oggi sicuramente di crescente diffusione, che sarebbero conclusi attraverso piattaforme tecnologiche Internet, tipicamente siti e portali presenti sul web, senza necessariamente creare una relazione diretta tra acquirente e venditore, come avviene attraverso messaggi di posta elettronica.

le parti sono l'una dell'altra ignare [...] luoghi della suprema univocità in cui i singoli gesti sono inseriti e previsti come in un rigido codice e nessuno può dubitare o controvertere del loro significato. Le vecchie categorie della 'dichiarazione tacita' o del 'comportamento concludente' sono impotenti a spiegare il fenomeno».

³⁰³ Alla luce delle riflessioni svolte, è possibile affermare che rispetto alla comunicazione e-mail, la rete è un mero mezzo, non già un luogo. Sicché i contratti stipulati via e-mail, o attraverso altre forme di comunicazione digitale one to one, possono collocarsi nell'alveo del procedimento formativo descritto dall'art. 1326 c.c.

³⁰⁴ Il sistema word wide web fu sviluppato nel 1990 dal CERN di Ginevra. È la struttura di internet, e si compone di una rete di documenti, collegati tra loro attraverso links, consultabili attraverso l'utilizzazione di browser. Cfr. sul punto G. PERLINGIERI, Il contratto telematico, in D. Valentino (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, II ed., Napoli, ESI, 2011, 271.

³⁰⁵ Con riferimento ai vari tipi di contratto telematico, si veda G. PERLINGIERI, *Il Contratto Telematico*; in "Manuale di diritto dell'informatica" a cura di D. Valentino, Napoli, 2011, 274 ss. In argomento, si veda anche A. M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Giuffrè, Milano 1997.

La fattispecie del commercio elettronico è comunque estremamente ampia e soggetta a continua evoluzione; essa può essere richiamata sia in relazione alle attività commerciali che vengono svolte a distanza attraverso lo strumento telematico on-line, e che quindi sono basate su una trasmissione di dati digitali, fino al caso estremo del commercio elettronico diretto, in cui anche l'oggetto della compravendita è digitale, sia in esito a quelle attività che individuano unicamente una fase telematica, cioè quella della consultazione della merce o del servizio disponibile, con eventuale ordine di acquisto, prevedendo una successiva relazione

e conclusione contrattuale in sede reale, che può anche limitarsi alla sola consegna fisica, come nel caso di commercio elettronico indiretto.

Di particolare rilievo, ai fini della relazione contrattuale, è la sovrapposizione degli aspetti soggettivi e oggettivi del commercio elettronico, nel senso che ricade in tale ambito ogni attività di scambio di beni e servizi a prescindere dalla natura dei soggetti coinvolti, siano essi a carattere professionale o privato, ed a prescindere dalla tipologia dei beni o servizi commercializzati.

Questo in quanto la specificità dello strumento risulta prevalente su ogni altro aspetto della relazione contrattuale.³⁰⁶

D'altra parte, la peculiarità della forma contrattuale, che determina un'asimmetria di posizioni delle parti in contatto virtuale attraverso la rete, ha posto problematiche relative agli obblighi informativi, alla natura del contratto, all'estensione dei principi ordinari inerenti alla normativa nazionale o internazionale di riferimento, al luogo e al tempo di conclusione del contratto, alla corretta manifestazione della volontà contrattuale, alla forma da adottare per il risultato giuridico.

La peculiarità della forma contrattuale risulta del tutto evidente se si provano ad analizzare gli aspetti distintivi del contratto virtuale nella sua forma più diffusa, ossia quello definito come contratto virtuale in senso stretto. In primo luogo, il contesto in cui si realizza la negoziazione è una piattaforma basata sul "web" con una serie di pagine e di funzionalità che realizzano un servizio collocato in Internet per la pubblicizzazione e la compravendita di beni e servizi.

³⁰⁶ Cfr. E. MINERVINI e P. BARTOLOMUCCI, *La tutela del consumatore telematico*, in AA. VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, (a cura di) Daniela Valentino, Napoli, 2016, 350 s.

In secondo luogo, il servizio di compravendita viene messo a disposizione di una platea di soggetti potenzialmente illimitata, o comunque a un pubblico non predeterminato; per tale motivo viene considerato basato su di una offerta rivolta ad *incertam personam*.³⁰⁷ Oltre a ciò, tale peculiare modalità di contrattazione si caratterizza per la predisposizione unilaterale delle clausole e conseguentemente dall'assenza di trattative tra le parti, qualificandolo come contratto predisposto direttamente sulla piattaforma informatica, i cui ambiti di variabilità sono predefiniti e limitati dalle funzionalità della piattaforma stessa e dalle opzioni che queste prevedono. Infine, l'espressione di volontà nella conclusione del contratto non avviene con la sottoscrizione di firme delle parti, ma è dematerializzata e tradotta, se non nella firma digitale che richiede un apparato certificatorio specifico, nella semplice forma in modalità "point and click", corrispondente alla pressione di un tasto digitale virtuale cui si attribuisce convenzionalmente la dichiarazione di volontà.

10. Gli obblighi informativi nella contrattazione telematica e la tutela dell'aderente.

³⁰⁷ Pur dovendosi necessariamente constatare una tendenziale oggettivazione del rapporto di scambio — si badi bene, solo tendenziale, non assorbente — il ruolo del consenso — pur indebolito e marginalizzato dal fenomeno della predisposizione, materiale e dichiarativa, dall'oggettivazione e tecnicizzazione del linguaggio, dalla proceduralizzazione dell'iter di formazione. Cfr. A. M. GAMBINO, op. cit., 55 L'. A valorizza il carattere negoziale degli atti che formano l'accordo telematico, in considerazione del fatto che residua la libertà in merito alla scelta sul se contrarre. Cosicché l'accordo verrebbe a mancare solo laddove si verifici una circostanza in cui l'oblato subisca l'iniziativa altrui senza poter rifiutare.

Riguardo agli obblighi informativi, occorre tenere in considerazione che il contratto telematico si realizza in modalità e forme peculiari rispetto alle modalità di conclusione ordinarie del contratto, in quanto non vi è la presenza contestuale dei soggetti contraenti, le trattative e la conclusione avvengono a distanza, la comunicazione si svolge attraverso strumenti digitali, il prodotto non è tangibile in un contesto di realtà ma viene rappresentato dall'offerente in modalità digitale, le informazioni accessorie non sono sempre disponibili o lo sono limitatamente ad aspetti specifici, la relazione telematica tra soggetto professionale e consumatore vede il primo in una posizione di prevalenza ed il secondo in una condizione di debolezza, ed in ultima analisi la tipicità dello strumento telematico pone soggetti non esperti o deboli in posizione sfavorita rispetto al venditore di beni o servizi.³⁰⁸

Questo insieme di elementi ha indotto gli osservatori ad elaborare delle teorie per ricondurre il contratto telematico nell'ambito delle fattispecie tipiche oppure a configurare fattispecie peculiari nell'ambito dell'autonomia negoziale. Nella medesima prospettiva il Legislatore nazionale ed internazionale si è interessato della contrattualistica telematica, riconducendola in parte agli istituti tradizionali e regolamentando in maniera generale e specifica gli aspetti più delicati della relazione commerciale digitale.

La prima questione che è stata affrontata è stata quella della corretta informazione, cioè della disciplina degli obblighi informativi relativi al contratto. È evidente come questo aspetto sia di particolare rilevanza nella materia, perché solo attraverso una corretta ed esaustiva informazione è possibile ottenere un equilibrio delle posizioni contrattuali e conseguire un'attività negoziale analoga a quella che si svolge in un contesto reale.

È di tutta evidenza che la relazione contrattuale telematica è potenzialmente sperequata a favore dell'offerente, o comunque del soggetto che ha il controllo di quanto viene esposto, offerto e consentito nella piattaforma negoziale, in quanto non solo definisce i contenuti informativi che connotano l'oggetto della negoziazione, ma definisce anche gli ambiti di

³⁰⁸ Come sopra anticipato, al contratto virtuale concluso dai consumatori viene applicato il cod. cons., più precisamente, gli artt. 49 a 51 cod. cons. in materia di contratti a distanza. Gli articoli citati dispongono un obbligo, a carico del professionista, di informazione inderogabile ma non prevedono una precisa *forma* del contratto a tutela del contenuto minimo (informativo), di esso. L'obbligo informativo viene adempiuto dal professionista predisponente in due fasi: prima che il contratto venga concluso (art. 49 cod. cons.) e prima della sua esecuzione (art. 51 cod. cons.).

flessibilità delle clausole del contratto, sia nel caso in cui la conclusione del contratto avvenga sul proprio sito, sia nel caso in cui avvenga su un e-marketplace.³⁰⁹

Questo necessario riequilibrio delle posizioni contrattuali risponde a una duplice funzione: da un lato, come è di tutta evidenza, attraverso di esso si persegue una maggiore equità della relazione contrattuale telematica, la quale è potenzialmente sperequata a favore dell'offerente ma può essere riparametrata in modo da tutelare l'acquirente digitale; dall'altro lato, attraverso un'adatta disciplina degli obblighi informativi, si creano le condizioni per limitare i casi di abuso della contrattualistica telematica e quindi agevolare il commercio digitale attraverso un'adeguata garanzia della cognizione del cliente.

In questo ambito, il primo aspetto che viene all'attenzione dell'interprete riguarda la fase di formazione del contratto, cioè il momento in cui si elabora una volontà consapevole ed informata inerente alla determinazione a negoziare e scambiare beni o servizi. Di fronte alla professionalità che di norma contraddistingue i soggetti che propongono prodotti o prestazioni in ambito telematico, è stato naturale ricercare il riequilibrio delle relazioni negoziali attraverso l'imposizione al soggetto professionale telematico di una serie di obblighi informativi a favore del cliente, in modo da consentire a questi di avere notizie specifiche e dettagliate sul bene o prodotto da acquistare ma anche sul soggetto che le offre, in quanto rilevante ai fini dell'affidabilità della transazione.

L'obbligo di fornire informazioni specifiche dettagliate sull'oggetto del contratto è regolamentato e implementato dalla giurisprudenza di settore. Tuttavia, rimangono ambiti di incertezza legati alla complessità e diversità dei beni o servizi acquisibili in via telematica; pertanto, è necessario far riferimento, per gli ambiti incerti, alle regole generali sulla correttezza precontrattuale e contrattuale, nonché alle norme sulla buona fede negoziale.

³⁰⁹ L'art. 49 cod. cons. nella sua formulazione attuale statuisce che, prima che il consumatore risulti essere giuridicamente vincolato ad un contratto a distanza, il predisponente è tenuto a fornire al consumatore talune informazioni in modo *chiaro e comprensibile*. Sul punto, S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo e trasparenza secondo il canone della Corte di Giustizia: note sparse sui casi conenent services e ebookers.com Alla luce della direttiva 2011/83/UE*, in *Persona e Mercato* 2014, 225. Il giurista citato individua la *ratio* dell'art 6 della direttiva 2011/83/UE (ormai trasfuso nel testo normativo dell'art. 49 cod. cons.) nella considerazione che il consumatore fonda solitamente il proprio convincimento proprio sulle informazioni precontrattuali fornite dallo stesso professionista.

Non è semplice definire cosa ed in che modo debba essere detto e chiarito per consentire al cliente telematico di essere adeguatamente informato³¹⁰, ma di sicuro si può ritenere che, rispetto alla relazione commerciale fisica, sia necessaria un'integrazione di informazione legata alla particolarità dello strumento negoziale.

In generale si può affermare che, attraverso la fornitura di informazioni adeguate e dettagliate, il cliente deve poter comprendere efficacemente ciò che sta comprando e ponderare adeguatamente la qualità e la quantità di beni o servizi che sta acquisendo. Questo vuol dire che l'intensità di informazione varia in funzione della specificità del bene o prodotto, cosicché oggetti contrattuali complessi richiedono informazioni aggiuntive ed articolate, mentre beni e servizi più semplici consentono trasferimento di informazioni limitate.

Il parametro soggettivo di riferimento è quello dell'uomo comune, anche se per determinati beni e servizi è possibile immaginare che il fruitore medio sia un professionista e non un soggetto privo di specifiche competenze e nozioni. Questo è finalizzato ad evitare che la natura del bene o servizio posti in vendita in via telematica possa creare un pregiudizio sulla capacità cognitiva dell'acquirente e consentire una carenza od omissione di adeguate informazioni, come comportamento neutro o, nel peggiore dei casi, colposo o doloso del soggetto venditore.

Pertanto, lo scopo dell'insieme delle regole dettate a livello normativo e giurisprudenziale è quello di consentire una vera consapevolezza da parte del contraente, sia esso un professionista o meno. Si pensi così al consenso consapevole sancito dall'art. 7 del d.lgs. n. 70 del 2003, con cui è stata attuata la direttiva UE n. 31 dell'8 giugno 2000, a norma del quale sussiste l'obbligo di garantire al cliente o consumatore, ma più in generale ad ogni soggetto che interagisca con protagonisti del commercio elettronico, le informazioni indispensabili per identificare il bene o servizio posto in offerta e il soggetto titolare di quell'offerta, così da poter capire che cosa si sta negoziando e con chi lo si sta facendo.

³¹⁰ L'asimmetria informativa in questo segmento contrattuale non è unicamente legata allo squilibrio informativo che caratterizza la predisposizione unilaterale delle condizioni generali, ma è pure legato allo squilibrio di conoscenza delle regole di formazione dell'accordo, atteso che il professionista, non soltanto predisporre il regolamento, ma è anche autore del procedimento formativo e la mera illustrazione delle fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto potrebbe non essere sufficiente a colmare il divario. Sul punto si veda A. ADDANTE, *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, Padova, 2016, 3.

Tale principio peraltro non è una novità nell'ordinamento giuridico italiano, perché gli obblighi informativi in questione sono sostanzialmente analoghi a quelli già dettati per gli scambi commerciali a distanza, seppur non in ambito telematico: a tal riguardo, si vedano gli articoli 49 e 51 del Codice del Consumo³¹¹, emanato con il decreto legislativo n. 206 del 6 settembre 2005, in materia di diritti del consumatore.

Così anche nel commercio elettronico come in generale in quello a distanza è necessario fornire informazioni in modo chiaro e comprensibile, cioè in modo che il dato trasferito al fruitore sia quanto più possibile esente da ambiti di incertezza o di equivocità, e possa essere ben compreso da un soggetto medio sfornito di competenze o cognizioni specifiche.³¹²

Anzi, sotto certi aspetti, la figura del cliente o consumatore telematico è disegnata dal legislatore e confermata dalla giurisprudenza in termini cautelativi, facendo riferimento anche a soggetti non solo privi di capacità tecniche o professionali, bensì aventi capacità cognitive e culturali sotto la media della popolazione. Questa cautela del Legislatore è stata adottata per creare una tutela ad ampio spettro dei potenziali clienti ed evitare che la fascia più debole dei consumatori possa essere penalizzata dal differenziale cognitivo e manipolatorio intrinseco nello strumento telematico.

Più precisamente, il Legislatore e la giurisprudenza hanno come obiettivo quello di compensare possibili differenziali informativi e cognitivi tra soggetti professionali

³¹¹ F. LAZZARELLI, *E-commerce e contraente debole (non consumatore). Considerazioni sistematiche a margine dei recenti interventi del legislatore UE e della Corte di Giustizia*, in *Le Corti Salernitane*, 2019, 395 ss., ove l'A. sottolinea che il comma 2 della norma citata contiene importati tutele concernenti i contratti conclusi a distanza con mezzi elettronici ovvero i c.d. contratti telematici. È doveroso considerare la correlazione tra l'adempimento dell'obbligo informativo contenuto nella norma da parte del predisponente (concernente informazioni relative alla durata minima degli obblighi del consumatore, alle caratteristiche principali del bene o del servizio negoziato, al prezzo totale, comprensivo di imposte, alla durata del contratto o, se il contratto è a tempo indeterminato piuttosto che a rinnovo automatico, e la validità del contratto).

³¹² Corte Giust., 19 luglio 2012 C-112/11 giudice *a quo* l'*Oberlandesgericht di Köln*, in S. PAGLIANTINI, (commento suo) *op. cit.*, 228 consultabile su *Eur-lex-europa.eu*. Questo è il tipico caso di sottoscrizione automatica, senza consenso espresso, tuttavia si pone in palese contrasto con l'art. 23 §1 del regolamento 1008/2008 che prevede espressamente «i supplementi di prezzo opzionali, da indicarsi in modo chiaro e trasparente all'inizio di ogni processo di prenotazione, sono conteggiabili solo nell'ipotesi in cui vengono accettati in modo espresso ovvero con il meccanismo opposto che va sotto il nome di «opt in»: così S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, 228. La controversia aveva per oggetto la pratica commerciale di una società commercializzante in rete di viaggi aerei di includere automaticamente, insieme alle spese di viaggio, anche il costo di un'assicurazione a copertura delle spese di annullamento del viaggio, con la facoltà dell'aderente di «optare espressamente per la soluzione contraria».

telematici e fruitori del commercio digitale, legati alla distanza della negoziazione e alla assenza fisica del bene da acquisire.

Invero, questo tema del differenziale di potere informativo e cognitivo e della sostanziale debolezza dell'acquirente telematico, che si configura come connotazione ordinaria del rapporto commerciale digitale e che poggia su aspetti tecnologici ma anche su elementi strutturali del rapporto telematico, è stato particolarmente centrale nelle iniziative legislative comunitarie e nazionali degli ultimi anni, fino al recente “New Deal” del consumatore, il cui obiettivo primario è quello di trovare le necessarie compensazioni per colmare le vere e proprie asimmetrie di posizioni che si configurano nei moderni rapporti commerciali digitali.

Innanzitutto, il Legislatore ha imposto l'obbligo di compensare la asimmetria strutturale dello strumento telematico, attraverso informazioni generali obbligatorie, definite anche nucleo minimo essenziale necessario per comprendere esattamente chi sia il fornitore, quale sia specificatamente il bene o servizio messo in commercio, quali siano le regole per la conclusione del contratto, come sia possibile memorizzare e riprodurre la proposta di contratto.

Le informazioni da fornire devono essere di accessibilità facile³¹³, diretta e permanente, nel senso che qualsiasi utente di media capacità deve poter acquisire le informazioni senza uno sforzo particolare e senza essere costretto ad attività digitali complesse. Così vanno esclusi richiami o “link” ad altri siti o ad altre fonti informative e dovrà essere reso disponibile l'insieme cognitivo in un unico ambito telematico. Inoltre, le informazioni

³¹³ Spostando l'attenzione dalle clausole che compongono il regolamento contrattuale al momento conclusivo dello stesso, è possibile sicuramente affermare che la chiarezza e la comprensibilità delle clausole del contratto virtuale concluso con i consumatori, deve ricomprendere anche la modalità elettiva per il perfezionamento di tale tipo contrattuale ovvero il c.d. tasto negoziale virtuale. Il tasto in questione viene definito come «procedimento formativo-forma» ed è lo strumento maggiormente utilizzato in Internet per manifestare il consenso alla conclusione del contratto virtuale. Il suo meccanismo non è molto diverso da quello delineato dall'art. 1327 c.c. il contratto virtuale, infatti, si conclude grazie al comportamento esecutivo concludente ovvero l'invio del numero della carta di credito. Così E. TOSI, *op. cit.*, 1286.

La novità «comunicazionale e giuridica» introdotta dalla novella del 2014 al cod. cons. inerisce, come accennato sopra, inevitabilmente anche il tasto negoziale virtuale. Infatti, nel caso in cui il «click» del tasto sia necessario per concludere il contratto, è fondamentale che il predetto tasto sia accompagnato dalla locuzione «ordine con obbligo di pagare» o comunque una formulazione equipollente, in grado cioè di far comprendere al consumatore che cliccare su quel tasto determina la conclusione del contratto con tutti gli effetti e le conseguenze giuridiche che ne derivano. Se l'obbligo informativo non dovesse esser adempiuto dal predisponente, o se la formulazione non risulta essere chiara e comprensibile, la conseguenza è tutt'altro che irrilevante, in tal caso infatti il consumatore non sarà vincolato al contratto concluso con una modalità opaca.

dovranno essere disponibili stabilmente ovvero, se modificate, essere tempestivamente comunicate al cliente o consumatore.

Appare rilevante al riguardo ricordare che l'articolo 12 del D.lgs. n. 70 del 2003³¹⁴ esclude l'applicazione di questi obblighi informativi quando si tratti di contratti conclusi esclusivamente attraverso scambio di messaggi via posta o di comunicazione equivalenti.

Oltre a ciò, merita richiamo la circostanza per cui, nell'ambito della comunicazione via posta elettronica, l'art. 9³¹⁵ del medesimo d.lgs. 70/2003 stabilisce che le comunicazioni commerciali non sollecitate devono

essere riconoscibili come tali senza difficoltà all'atto della loro ricezione e prevedere che il destinatario possa opporsi a ulteriori invii futuri. Questo evidentemente serve per segnare la differenza di relazione telematica rispetto al commercio digitale, ma anche per proteggere il cliente o consumatore dallo “spamming” o dal “phishing” via posta elettronica.

In secondo luogo, si rileva un'asimmetria informativa connessa alla difficoltà di comprendere efficacemente le caratteristiche del bene o del servizio posto in vendita, sia per carenza di adeguati dati forniti in ambito telematico, sia per eventuale *deficit* di capacità cognitive, di carattere intellettuale o culturale, sia per possibili effetti sorpresa

³¹⁴ Ai sensi dell'art. 12 D.lgs. 70/2003 (*Informazioni dirette alla conclusione del contratto*): 1. Oltre agli obblighi informativi previsti per specifici beni e servizi, nonché a quelli stabiliti dall'articolo 3 del decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185, il prestatore, salvo diverso accordo tra parti che non siano consumatori, deve fornire in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio, le seguenti informazioni:

- a) le varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto;
 - b) il modo in cui il contratto concluso sarà archiviato e le relative modalità di accesso;
 - c) i mezzi tecnici messi a disposizione del destinatario per individuare e correggere gli errori di inserimento dei dati prima di inoltrare l'ordine al prestatore;
 - d) gli eventuali codici di condotta cui aderisce e come accedervi per via telematica;
 - e) le lingue a disposizione per concludere il contratto oltre all'italiano;
 - f) l'indicazione degli strumenti di composizione delle controversie.
2. Il comma 1 non è applicabile ai contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti.
3. Le clausole e le condizioni generali del contratto proposte al destinatario devono essere messe a sua disposizione in modo che gli sia consentita la memorizzazione e la riproduzione.

³¹⁵ Così stabilisce l'art. 9 D.lgs. 70/2003: Art. 9, (*Comunicazione commerciale non sollecitata*) 1. Fatti salvi gli obblighi previsti dal decreto legislativo 22 maggio 1999, n. 185, e dal decreto legislativo 13 maggio 1998, n. 171, le comunicazioni commerciali non sollecitate trasmesse da un prestatore per posta elettronica devono, in modo chiaro e inequivocabile, essere identificate come tali fin dal momento in cui il destinatario le riceve e contenere l'indicazione che il destinatario del messaggio può opporsi al ricevimento in futuro di tali comunicazioni. 2. La prova del carattere sollecitato delle comunicazioni commerciali è onere del prestatore.

legati ad aspetti del bene o del prodotto non percepibili in sede telematica ed emersi in sede reale.

Parimenti, si possono configurare delle asimmetrie di valutazione strutturale, connesse non solo alle caratteristiche intrinseche del bene o del servizio ma anche a quelle economiche. Si vuole cioè evitare che la complessità dell'oggetto di scambio possa distorcere la scelta economica di acquisizione, sia nel merito e sia nei tempi di acquisto del bene o servizio, mettendo il cliente o consumatore in una posizione di rischio rispetto all'opzione di compravendita.

Va poi considerato il fattore “tempo”, in quanto la peculiarità della sede telematica può spingere il cliente o consumatore ad effettuare scelte in ambiti temporali ridotti, limitando la sua autonomia di ponderata valutazione della scelta stessa.

Oltre a ciò, si possono presentare delle asimmetrie del potere contrattuale connesse alle clausole che ostacolano o impediscono di interrompere un rapporto contrattuale in atto a favore di altri fornitori, obbligando a soggiacere ai rapporti contrattuali meno favorevoli o con soggetti meno affidabili.

Vi possono essere, inoltre, asimmetrie di carattere organizzativo, che impongono al cliente o consumatore di avvalersi di ulteriori prestazioni per integrare ambiti non coperti dal fornitore telematico, andando incontro a costi aggiuntivi.

In questo ampio quadro rappresentato, appare evidente che gli aspetti più delicati del rapporto contrattuale telematico attengono al versante della consapevolezza a negoziare e della possibilità di svincolarsi dal rapporto obbligatorio laddove si accerti che qualche aspetto del vincolo contrattuale o del bene o del servizio non corrisponde alle aspettative.

Tali esigenze di protezione del contraente debole trovano riscontro nella normativa generale a protezione del consumatore. In particolare, il nuovo testo dell'art. 45 del Codice del Consumo richiama il vincolo per il fornitore telematico di rendere disponibile la garanzia per iscritto o su altro supporto duraturo, e si evidenzia che per supporto durevole deve essere inteso lo strumento che permette al consumatore o al professionista di conservare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in futuro.

Specularmente si stabilisce espressamente che le informazioni “on-line” rese dal venditore e accessibili solo attraverso dei “link” telematici sono considerate non fornite e non ricevute, in quanto carenti di supporto duraturo.

In questo contesto sono molto importanti i vincoli stabiliti a livello europeo dalla specifica Direttiva in tema di trasparenza. In tale corpo normativo si prevede che gli stati membri debbano vigilare affinché siano sempre disponibili le informazioni generali per il cliente o il consumatore, di seguito a quanto specificato dall'articolo 5 della direttiva n. 31 del 2000, come recepita dal decreto legislativo n.70 del 2003, all'articolo 7.

In generale devono essere facilmente accessibili, in modo diretto e permanente, varie informazioni, quali il nome, la denominazione o la ragione sociale del fornitore, il suo domicilio o la sede legale, i dati che consentono di contattare tempestivamente il fornitore telematico, compreso l'indirizzo di posta elettronica, gli elementi di individuazione delle autorità di vigilanza competenti per i settori soggetti a concessione, licenza o autorizzazione, con riferimento alle professioni disciplinate per legge, gli estremi dell'iscrizione legale, il titolo professionale e lo Stato membro di rilascio, le norme professionali e gli eventuali codici di condotta di riferimento, il numero della partita IVA o altro numero di identificazione equivalente nello Stato membro, qualora necessario secondo l'attività del soggetto ad imposta, l'indicazione chiara ed esaustiva di prezzi e tariffe dei diversi servizi offerti e la specifica delle attività consentite al consumatore o al cliente inerenti l'oggetto della prestazione.

Nella logica di tutela del soggetto contraente più debole, l'insieme di tali informazioni deve essere naturalmente costantemente aggiornato.

Il sistema è poi integrato dall'articolo 12 del decreto legislativo in esame, a norma del quale il fornitore, prima della lavorazione dell'ordine ricevuto, è tenuto a garantire ulteriori informazioni chiare e comprensibili, concernenti in particolare le fasi tecniche da adottare per la conclusione del contratto, le lingue disponibili per la sua conclusione, nonché le modalità di conclusione del negozio. Oltre a ciò, si ribadisce che naturalmente clausole e condizioni generali di contratto devono essere e restare a disposizione del cliente o consumatore, con la possibilità di memorizzazione e di riproduzione.

La dottrina si è interrogata sulla natura giuridica degli obblighi informativi, con particolare riferimento a quanto disciplinato dall'articolo 12 del decreto legislativo n. 70 del 2003.

L'interpretazione prevalente è nel senso che si tratta di esigenze informative da soddisfare attraverso la fornitura di specifica documentazione correlata al contratto ma non necessariamente in esso integrata. In buona sostanza, si attesta che gli obblighi informativi ineriscono la sfera cognitiva e non la sfera normativa del vincolo contrattuale.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, occorre ricordare che la contrattazione telematica rappresenta l'ambito in concreto applicativo delle condizioni generali di contratto ed in particolare delle clausole unilateralmente predisposte da una sola delle parti che si vincoleranno a quello specifico assetto di interessi. In particolare, utilizzando un linguaggio metaforico, si tratta di negozi virtuali popolati da varie tipologie di clienti i quali, accedendo a specifici moduli d'ordine unilateralmente predisposti dall'offerente, possono addivenire alla stipulazione del contratto telematico attraverso la sopra descritta tecnica del c.d. "point and click".³¹⁶

Il problema che tale specifica modalità di perfezionamento del contratto pone in evidenza concerne la compatibilità con il requisito formale della doppia approvazione per iscritto, previsto dall'art 1341 c.c. Tale problema affonda le sue radici nella disposizione contenuta all'art. 13 d.lgs. 70/2003³¹⁷, che garantisce l'estensibilità a tale specifica tipologia di contratti della disciplina prevista dal Codice civile in tema di perfezionamento del vincolo contrattuale.³¹⁸

³¹⁶ L'ammissibilità del sistema di formazione del contratto attraverso la modalità del point and click è pacifica e viene ricondotta nell'egida dell'art. 51, comma 2, cod. cons.

³¹⁷ Art. 13 D.lgs. 70/2003, (Inoltro dell'ordine): 1. Le norme sulla conclusione dei contratti si applicano anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio della società dell'informazione inoltri il proprio ordine per via telematica.

2. Salvo differente accordo tra patti diverse dai consumatori, il prestatore deve, senza ingiustificato ritardo e per via telematica, accusare ricevuta dell'ordine del destinatario contenente un riepilogo delle condizioni generali e particolari applicabili al contratto, le informazioni relative alle caratteristiche essenziali del bene o del servizio e l'indicazione dettagliata del prezzo, dei mezzi di pagamento, del recesso, dei costi di consegna e dei tributi applicabili.

3. L'ordine e la ricevuta si considerano pervenuti quando le parti alle quali sono indirizzati hanno la possibilità di accedervi.

4. Le disposizioni di cui ai commi 2 e 3 non si applicano ai contratti conclusi esclusivamente mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali equivalenti.

³¹⁸ Il problema si pone relativamente alle clausole c.d. vessatorie previste dal comma 2 dell'art. 1341 c.c. nei contratti predisposti da uno solo dei contraenti, come nei casi che qui interessano, la cui efficacia è stata dal legislatore subordinata ad una disciplina «rafforzata» concretantesi nell'approvazione per iscritto. Tale norma è certamente applicabile in ragione del rinvio contenuto nell'art. 13 D.lgs. 70/2003.

Mentre, come detto, in dottrina appare pacifica la possibilità di approvazione delle condizioni generali di contratto ai sensi del comma 1 dell'art. 1341 c.c. attraverso la predisposizione di apposite schermate contenenti tutte le clausole predisposte visibili prima della conclusione del contratto, più difficile appare la questione relativa alla forma scritta richiesta per le clausole vessatorie.

Ciò che si cercherà di evidenziare in chiusura di questa seconda parte dell'elaborato è che il tentativo di rendere compatibile la contrattazione standardizzata in campo telematico con i requisiti di cui all'art. 1341 c.c., a parere di chi scrive, ha finito per stravolgerne intrinsecamente la portata mutandone la cogenza su di un piano non più oggettivo ma soggettivo.

In primo luogo, quanto al profilo della conoscenza e della conoscibilità delle clausole contrattuali unilateralmente poste dal proponente, tale requisito è facilmente integrabile nell'e-commerce attraverso la predisposizione di apposite finestre online che riproducano il complesso di condizioni generali particolarmente gravose per l'aderente, che consentano al cliente aderente di prenderne direttamente visione ai fini di una scelta matura e consapevole.

In secondo luogo, con particolare riferimento al requisito della specifica approvazione per iscritto previsto dall'art 1341 c.c., occorre operare una scissione nella verifica della compatibilità di tale requisito con la contrattazione telematica. Quanto al concetto di specifica approvazione per iscritto, tale requisito si ritiene ampiamente integrato attraverso la creazione di diverse schermate: da un lato quella contenente l'intera operazione contrattuale; dall'altro lato, la schermata contenente le singole clausole contrattuali riportanti le condizioni generali di contratto che devono essere accettate con un apposito "click".

Quanto alla modalità di approvazione in sé³¹⁹, occorre mettere in evidenza che se si aderisse alla tesi per cui è necessaria una firma digitale, qualificata od avanzata, sarebbe impossibile l'inserimento di clausole vessatorie in tale specifica modalità di contrattazione telematica. La questione assume pregnante rilevanza sul piano dei contratti conclusi tra due professionisti³²⁰ rispetto ai quali non si ravvisa la volontà di intervenire sullo squilibrio economico e contrattuale – come accade per i contratti perfezionati tra un professionista ed un consumatore – bensì solo sull'esigenza di

³¹⁹ Sulle questioni delineate si veda S. GIOVA, *La conclusione del contratto via internet*, Napoli, 2000, 92; F. DELFINI, *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano, 2002; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, 74 ss.; L. FOLLIERI, *Il contratto concluso in Internet*, Napoli, 2005; E. TOSI, *Contratti informatici, telematici e virtuali. Nuove forme e procedimenti formativi*, Milano, 2010, 224 ss.;

³²⁰ Nell'affrontare la questione dell'approvazione per iscritto delle clausole vessatorie nei contratti di e-commerce, deve rilevarsi come tale problema non si ponga per i contratti con il consumatore, avendoli il legislatore sottratti alla disciplina di diritto comune per assoggettarli a quella prevista dal codice del consumo ai sensi dell'art 33. Infatti, le condizioni generali di contratto di cui al capoverso dell'art. 1341 c.c. sono tutte vessatorie ai sensi dell'art. 33 c. cons. con la tutela della nullità di protezione.

assicurare la consapevolezza dell'aderente circa l'esistenza e la vincolatività di quella specifica clausola.³²¹

Secondo un primo orientamento affermatosi in dottrina, anche la firma elettronica semplice³²² godrebbe dell'attitudine a soddisfare il requisito della doppia approvazione per iscritto, salva la necessità di una firma digitale per soddisfare l'onere della forma scritta richiesto *ad substantiam* ex art. 1350 c.c.

Una seconda impostazione affermata in letteratura, argomentando a partire dalla non sovrapponibilità della scrittura privata con la forma scritta, ritiene sufficiente la firma elettronica c.d. debole al fine dell'integrazione della specifica approvazione per iscritto delle clausole unilateralmente poste dal predisponente.

Per contro, alla luce dell'art. 21 Cod. amm. dig. nei casi in cui la forma scritta è prevista *ad substantiam* dalla legge ai sensi dell'art. 1350 n.13 c.c.³²³, se si vuole utilizzare lo strumento informatico è necessaria a pena di nullità la firma digitale o qualificata, o quella elettronica avanzata. Tale seconda impostazione non è scevra di conseguenze applicative, in quanto vi sarebbe una concreta difficoltà nel prevedere unilateralmente delle clausole negoziali vessatorie. Si tratta dell'impostazione che – se approfondita nella sua organicità – consentirebbe di individuare l'argomento sistematico capace di individuare un filo conduttore tra la disciplina della trasparenza consumeristica e le condizioni generali di contratto.³²⁴ In particolare, rilevato che l'esigenza di tutela e la *ratio* sottesa alla disciplina contenuta all'art. 1341 c.c. possono ritenersi ampiamente soddisfatte anche attraverso l'utilizzo di una firma elettronica debole, se ne può ricavare a contrario che l'orientamento che richiede – valorizzando il dato letterale della disciplina esaminata – le firme elettroniche digitali o qualificate o le firme elettroniche avanzate presuppone una tutela non solo formale ma anche sostanziale nei confronti del contraente aderente che sia

³²¹ In particolare, in dottrina ci si domanda se la forma scritta ivi prevista debba essere ricondotta a quanto stabilito dall'art. 1350 c.c., rubricato «Atti che devono farsi per iscritto», secondo cui: «devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata sotto pena di nullità: (...)». La domanda che si pone è: perché siano efficaci ai sensi dell'art. 1341 comma 2 c.c., le clausole vessatorie devono essere redatte per atto pubblico o scrittura privata autenticata ovvero sono ammissibili anche altre modalità di forma scritta? In altre parole, l'approvazione per iscritto dell'art. 1341 primo capoverso c.c. coincide con quella dell'art. 1350 c.c.?

³²² Con il termine firma elettronica si fa riferimento all'insieme dei dati in forma elettronica allegati oppure connessi tramite associazione logica ad altri dati elettronici, utilizzati come metodo di identificazione informatica; si va quindi dal PIN delle carte magnetiche, come per esempio il bancomat, alle credenziali di accesso web, come nome utente e password.

³²³ F. DE LEO, *Sospensione dell'account da parte di Ebay: tecniche di risoluzione, clausole vessatorie e abuso di dipendenza economica*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 2030.

³²⁴ Per una compiuta disamina delle argomentazioni a favore della tesi estensiva: G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Specifiche approvazione per iscritto delle clausole vessatorie e contrattazione on-line*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 404 ss.

anch'egli un professionista. Alla luce di tali riflessioni sistematiche, appare quantomeno configurabile il dubbio se la conoscenza/conoscibilità del contenuto delle clausole squilibranti non sia da intendere solo come consapevolezza dell'esistenza ma anche come possibilità di accesso al contenuto della clausola e quindi possibilità di apprensione del suo significato.

Non è infatti, ancora chiarito in dottrina e in giurisprudenza se il semplice "point and click" possa, di per sé solo, considerarsi una firma elettronica debole o semplice.³²⁵

In realtà, il problema sembra porsi in termini simili a quelli in cui si pone nel caso di invio di "e-mail": anche in tale ipotesi infatti l'invio dell'ordine tramite pressione del tasto negoziale è di regola preceduta dalla necessità che l'utente effettui il "login" attraverso l'inserimento di "username" e "password", che, avendo in qualche modo una funzione identificativa del dichiarante ed essendo connesso con l'invio dell'ordine, potrebbe ritenersi sufficiente ad integrare la definizione di firma elettronica. Tuttavia, la circostanza che una volta effettuato il "login" l'utente potrebbe inviare, non una sola dichiarazione negoziale, ma un numero illimitato, senza dover ogni volta digitare nuovamente "username" e "password" potrebbe condurre alla soluzione opposta, difettando quella connessione specifica della dichiarazione alla firma, che secondo alcuni è necessaria ai fini dell'assunzione della paternità della dichiarazione.

³²⁵ Per la soluzione favorevole v. E. TOSI, *Contratti informatici, telematici e virtuali*, cit., 224 ss.; ID., *Il contratto virtuale. Procedimenti formativi e forme negoziali tra tipicità e atipicità*, Giuffrè, 2005, 104.

11. Conclusioni: il principio di trasparenza.

L'analisi svolta consente di chiedersi quale rilevanza assuma la regola di trasparenza, intesa come chiarezza e comprensibilità delle condizioni contrattuali, nel nostro ordinamento.³²⁶

La base normativa che consente di ritenere configurabile un principio generale di trasparenza oltre i confini della relazione negoziale intercorrente tra professionista e consumatore è rappresentato dall'art. 62 del d.l. 24 gennaio 2012 n.1, in tema di cessione di prodotti agricoli ed agroalimentari.³²⁷

Con riferimento alla *ratio* della norma in esame, la funzione teleologica da essa perseguita appare quella di arginare l'asimmetria di forza contrattuale intercorrente tra il produttore agroalimentare e le imprese che svolgono il ruolo di intermediatori commerciali.³²⁸

Quattro sono le funzioni ravvisabili della norma in esame: in primo luogo essa cristallizza il canone generale di trasparenza della clausola contrattuale; in secondo luogo, fissa la distinzione tra l'obbligo di *clare loqui* ed il più generale obbligo informativo; in terzo luogo, in senso negativo, non riempie contenutisticamente tale canone generale; infine, tale disposizione di carattere settoriale fa assurgere la trasparenza a principio generale. Tale ultimo aspetto rappresenta una delle peculiarità di tale disciplina settoriale, in quanto consente all'interprete di enucleare un principio generale in grado di trovare applicazione con riferimento ad una pluralità di fattispecie.

In ultima analisi, al fine di convalidare la lettura volta ad individuare nella chiarezza e nella comprensibilità un principio generale, occorre tenere a mente che essa svolge una funzione di rafforzamento del procedimento di decodificazione di una volontà

³²⁶ Si è visto che alle norme originarie, in cui soggetto tutelato era il consumatore in senso stretto, cioè la persona fisica 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.

³²⁷ 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 correttezza delle prestazioni con riferimento ai beni forniti". Sul punto si veda F. ALBISINNI, *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?)*, ancora un indefinito movimento, in *Rivista di diritto alimentare*, 2012, 7.

³²⁸ Così R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2012, 4, 9.

negoziale da parte del contraente. Da ciò ne deriva che nel caso di relazione contrattuale che vincola un professionista ed un soggetto gravato di una forte asimmetria conoscitiva è concepibile la piena operatività di tale regola di comportamento. Si tratta del caso più frequente di una relazione contrattuale intercorrente tra un professionista ed un consumatore.³²⁹

Alla luce della *ratio* dell'obbligo di trasparenza che si è cercato di porre in evidenza nel corso della trattazione, occorre domandarsi se sia predicabile l'esistenza di un principio generale di trasparenza.³³⁰

Il primo profilo problematico che emerge dalla configurabilità di un principio generale di trasparenza è collegato al fatto che esso trae origine da una serie di discipline di settore: tale provenienza arginerebbe l'operatività di tale principio che risulterebbe per tal via fortemente modulato da un'indiscutibile settorialità³³¹.

In secondo luogo, la configurabilità di tale principio settoriale entrerebbe in forte contrasto con uno dei principi cardine del diritto civile: il principio di libertà e di centralità dell'autonomia negoziale nell'estrinsecazione della volontà.³³² Per tal via si genera un conflitto tra principi la cui soluzione è rimessa nelle mani dell'interprete che, alla luce delle specificità del caso concreto, dovrà scegliere e motivare a quale dei due dare prevalenza.³³³ Sul punto non è mancato chi ha paventato una sorta di gerarchica

³²⁹ 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*, Dike Giuridica Editrice, 2013, 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, 432 ss.

³³⁰ Come ampiamente illustrato, 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.

³³¹ Sulla figura di "principio settoriale" si sofferma anche M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. c. dir. priv.*, 2011, 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, 39.

³³² Sul principio della libertà di manifestazione della volontà cfr. P. SCHLESINGER, voce "Dichiarazione (teoria generale)", in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 371 ss.

³³³ E.A. KRAMER, *Le funzioni dei principi generali del diritto: tentativo di strutturazione*, (trad. it.), in *Eur. dir. priv.*, 2001, 980 s.

all'interno della macrocategoria dei principi, optando per l'operatività del principio settoriale in deroga a quello generale nel rispettivo ambito applicativo.³³⁴

In conclusione, sono plurime le strade argomentative che possono condurre alla configurabilità di un principio generale di trasparenza contrattuale.³³⁵

Da un lato, non è mancato chi dalla pletora di disposizioni settoriali che si sono messe in evidenza nel corso della trattazione ne ha enucleato un principio di trasparenza, operando secondo una logica generalizzante.³³⁶ Il denominatore comune che connota le disposizioni passate in rassegna è rappresentato dalla chiarezza e dalla comprensibilità delle singole clausole contrattuali: tuttavia, in chiave critica, è opportuno evidenziare che tale operazione generalizzante di un canone di trasparenza rischierebbe di sconfinare in un eccessivo potere dell'interprete.

Dall'altro lato, non è mancato chi ha qualificato il principio in esame come principio fondamentale. Esso non deriverebbe da una sintesi generalizzante in chiave astrattiva delle singole disposizioni settoriali, ma avrebbe una base legale che lo esprime all'art. 2, lett e) Cod. cons.³³⁷

La collocazione sistematica della norma in esame e l'espresso riferimento al concetto di diritti fondamentali fanno propendere per la configurabilità di un principio di natura fondamentale.

Il quadro normativo e sistematico così delineato contribuisce a determinare un cambio di rotta nel contesto del *clare loqui* contrattuale, in quanto con l'enucleazione di un principio

³³⁴ Sul punto si veda N. IRTI, *L'età della decodificazione. Venti anni dopo*, Milano, 1999, 93 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 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 vevoli per le ipotesi residue».

³³⁵ Per un inquadramento dogmatico del concetto di principio, si veda L. MENGONI, *Spunti per una teoria sulle clausole generali*, in Riv. c. dir. priv., 1986, 10;

³³⁶ Si veda A. FALZEA, I principi generali del diritto, in Riv. dir. civ., 1991, 457, che distingue tra "principi comuni", "principi fondamentali" e "principi transnazionali".

³³⁷ Ai sensi dell'art. 2 c. 2 lett e) del d.lgs. 205/2005: «2. Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti:

- a) alla tutela della salute;
- b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi;
- c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità;
- c-bis) all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà;
- d) all'educazione al consumo;
- e) alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali;
- f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti;
- g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza.»

generale di trasparenza essa cessa di essere un valore mezzo per diventare un valore fine.³³⁸

Dopo aver affrontato le questioni problematiche che si collegano alla configurabilità di un principio generale di trasparenza – ed aderendo all'impostazione che ne ammette l'operatività nel diritto dei contratti ma anche, tenuto conto delle specificità del caso concreto, in altre materie strettamente giuridiche – occorre tirare le fila del discorso con riferimento ai confini applicativi dello stesso. Se da un lato – come si è visto nell'esame della disciplina specifica – tale principio trova il suo momento genetico nell'ambito dei contratti stipulati tra professionisti e consumatori, dall'altro lato occorre in ultima analisi interrogarsi sulla possibilità di estendere le maglie del principio in esame con riferimento anche a contratti conclusi tra soli professionisti.³³⁹

Per rispondere all'interrogativo che si è posto all'attenzione del lettore, occorre verificare la sussistenza dei presupposti dell'analogia *legis* e *iuris ex art* 12 delle Preleggi, ed in particolare la qualità della lacuna che si va esaminando. Più nello specifico occorrerà verificare, in primo luogo, se la lacuna che si sta considerando ha un carattere volontario od involontario, alla luce anche del requisito di operatività dell'analogia³⁴⁰ che è dato dall'*eadem ratio*.

In particolare, se – come sopra ampiamente visto – la finalità dello statuto della trasparenza non è la tutela del consumatore in quanto tale, ma quale espressione di una posizione di asimmetria informativa nei confronti di un professionista dominante, non è mancato chi in letteratura ha predicato l'estensibilità del principio in esame – nonché degli effetti e delle conseguenze – anche ai contratti stipulati tra due professionisti³⁴¹.

Il descritto orientamento individua e fissa la linea di confine tra il contraente debole ed il contraente forte attraverso lo strumento delle c.d. asimmetrie informative. Se da un lato,

³³⁸ E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca bor. tit. cred.*, 1997, 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.

³³⁹ Sul coordinamento tra la disciplina settoriale consumeristica ed il Codice civile, vedi F. ADDIS, *Il «codice» del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obb. e contr.*, 2007.

³⁴⁰ Con riferimento agli elementi costitutivi dell'analogia, si veda E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949; L. CALANI, voce "*Analogia (teoria generale)*", in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 348 ss.

³⁴¹ Sul punto v. V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?* in *Riv. dir. priv.*, 2010, 19 ss., in cui l'Autore evidenzia che nella macro-genus dell'asimmetria contrattuale vi rientrano non solo i contratti conclusi tra un professionista ed un consumatore, ma finanche quelli conclusi tra due professionisti, di cui uno si collochi in una posizione di sostanziale asimmetria.

tale soluzione contribuisce ad evitare la frammentarietà di un sistema normativo dal punto di vista della disciplina e dei rimedi, dall'altro lato si espone all'inevitabile rischio di sostituire il professionista con il consumatore.³⁴²

In chiave critica, non sono mancate autorevoli voci in letteratura ed in giurisprudenza secondo le quali gli ambiti di operatività della contrattazione dei professionisti sono totalmente eccentrici rispetto a quelli del contratto B2C: se l'elemento qualificante del primo è la posizione di dipendenza economica di una delle parti nei confronti dell'altra, il tratto caratterizzante l'altro è dato dal palesarsi di asimmetrie di carattere informativo.³⁴³

Seppur con i limiti pratici evidenziati, a parere di chi scrive vi sono dei margini di operatività di un principio generale di trasparenza che mette in collegamento i due settori dell'ordinamento attraverso lo strumento ermeneutico dell'analogia *legis*.³⁴⁴

In ultima analisi, nel caso di contratto concluso tra un professionista ed un soggetto non qualificabile come consumatore – ad esempio in quanto persona giuridica – che agisca per finalità eccentriche rispetto alla sua professione, e dunque in una condizione di asimmetria informativa, vi sarebbero gli estremi per l'applicabilità dell'analogia *legis ex art 12* delle Preleggi al fine di – stante l'identità di *ratio* – estendere l'operatività dei canoni di chiarezza e di comprensibilità anche a talune limitate ipotesi di contratto concluso tra due professionisti. A sostegno di tale conclusione, vi sarebbe anche un esito favorevole del giudizio di ragionevolezza ed adeguatezza dell'estensione di tale principio generale, in quanto il dovere di *clare loqui* nel contesto consumeristico appare come Epifania del più generale dovere di buona fede cristallizzato dall'art. 1337 c.c.³⁴⁵

³⁴² A. GENTILI, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, Milano, 2006, 95 ss.

³⁴³ R. PARDOLESI, *Clausole abusive nei contratti dei consumatori. E oltre?* in *For. it.*, 2014, 17 s.; F. MACARIO, *Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in *Jus*, 2009, 311 ss.

³⁴⁴ *Contra v. G. VETTORI, Oltre il consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 87, il quale non ammette la distillabilità di un principio generale da una disciplina settoriale e speciale, per tal via escludendo l'operatività dell'analogia *iuris*.

³⁴⁵ in F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2012, 16 s.

CAPITOLO III

Il principio di trasparenza nel diritto bancario.

SOMMARIO: 1. Evoluzione storica: inquadramento generale dei profili rilevanti della trasparenza bancaria. 2. Quadro normativo di riferimento e progressiva evoluzione della c.d. trasparenza nel settore dei mercati finanziari 3. Genesi ed evoluzione del principio del *clare loqui*. 4. La nozione di trasparenza nel settore del diritto bancario. 5. Le finalità della disciplina sulla trasparenza nel diritto bancario. 6. La rilevanza del canone generale del *clare loqui* con riferimento al momento informativo. 7. Il ruolo della trasparenza *in executivis* ed i provvedimenti della Banca d'Italia. 8. La linea di confine tra la trasparenza bancaria e la c.d. educazione finanziaria. 9. Applicazioni del canone generale della trasparenza: i contratti bancari, finanziari ed assicurativi.

1. Evoluzione storica: inquadramento generale dei profili rilevanti della trasparenza bancaria³⁴⁶.

Dirigendoci verso il cuore del tema, ciò che preme in questa sede evidenziare è che questo percorso consente di cogliere al meglio le specificità dell'ambito del diritto bancario e quali siano i valori in gioco, e, in ultima analisi, cos'è che pulsa sotto il concetto di trasparenza bancaria.

Con riferimento al tema contrattuale della tutela dei soggetti più deboli, prima che venissero emanate ed adottate leggi speciali³⁴⁷ – come la legge sulla trasparenza

³⁴⁶ Il punto di partenza dell'analisi che si andrà a condurre con specifico riferimento al settore dei mercati finanziari e bancari concerne la constatazione dell'intrinseca debolezza del contraente standard di governare tutte le conseguenze economiche delle singole operazioni contrattuali che lo vedano come protagonista.

³⁴⁷ Infatti, con la legge 17 febbraio 1992, n. 154, e con il D.M. 24 aprile 1992, sono state introdotte alcune norme che impongono alle banche ed alle finanziarie di dare l'opportuno risalto alle clausole fondamentali che regolano tutti i rapporti tra la banca ed il singolo cliente.

bancaria³⁴⁸, la quale, si badi, è stata la prima in senso cronologico –, essa era affidata al Codice civile. Era molto difficile pensare di poter difendere un soggetto debole contrattualmente: infatti, qui non si discute della debolezza tradizionale dell'incapace di intendere e di volere³⁴⁹, o della debolezza di chi è caduto in un errore contrattuale rilevante, o di chi è stato ingannato. Questioni, quelle appena evidenziate, che erano affidate ai rimedi codicistici dell'annullamento del contratto concluso dall'incapace di intendere e volere oppure dell'annullamento di un contratto concluso in costanza di errore riconoscibile³⁵⁰, come accade nell'ipotesi di compravendita dove dolosamente vengano taciuti o nascosti taluni vizi del bene compravenduto.

La legge del 1992³⁵¹ che per prima riconosce il diritto di tutelare il cliente di una banca parte dal presupposto che il *quisque de populo* messo di fronte ad una banca non concluda un contratto tra pari perché è ontologicamente più debole. Sul concetto di debolezza, occorrono delle specificazioni che necessitano di un collegamento con la realtà di cui ci colora la nostra quotidianità.

Si potrebbe fare il caso di una piccola banca locale che stipula un contratto di diritto bancario con una possente impresa del nord est che a livello patrimoniale è ben più forte di una piccola banca. In tali contesti, il problema della debolezza del cliente nei confronti della banca è strettamente collegato alla modalità delle banche di determinare i contenuti dei contratti che offrono alla clientela. Più precisamente, buona parte delle imprese che siano finanziarie o non finanziarie, fanno operazioni con la clientela che si ripetono. L'impresa non è atto, è serie di atti, è dunque attività. Ciascuno di noi per un'intuizione naturale, e dunque anche pure per un istinto di sopravvivenza – ed *a fortiori*, ciascuno di noi nella propria dimensione professionale – quando ripete una serie di atti cerca, per economia di scala, la riduzione dei costi fissi, di ridurre al minimo gli elementi di novità

³⁴⁸ In particolare, il mercato finanziario non è rappresentato da una struttura monolitica, bensì da una struttura tripartita che congloba in sé servizi di investimento, polizze assicurative e financo i contratti bancari. Questi ultimi costituiranno il paradigma dell'indagine sui confini e sulle caratteristiche della trasparenza in ambito bancario. Il punto di contatto di tali tre macrosettori è dato dal comune interlocutore contrattuale del contraente gravato dall'asimmetria informativa: nella maggior parte dei casi, infatti, è l'intermediario finanziario ad entrare in contatto con il contraente più debole dal punto di vista informativo e conoscitivo.

³⁴⁹ Si veda sul punto, senza pretesa di esaustività, V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1991, p. 205 ss. V. anche R. SACCO, *Il consenso*, in *Trattato di Diritto Privato* diretto da RESCIGNO, Torino, 10, 175.

³⁵⁰ Per una disamina sulla centralità e rilevanza della riconoscibilità dell'errore si veda E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 195, 65.

³⁵¹ Il momento genetico della trasparenza nel sistema del mercato finanziario declinato nella contrattazione bancaria si può collocare con riferimento alla L. n. 154 del 1992, recante «Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari». Sul punto, si veda, tra gli altri, A. MIRONE, *La trasparenza bancaria*, Padova, CEDAM, 2013, 6 ss.

del singolo atto standardizzandoli³⁵², in modo da poterlo ripetere più volte, assicurandosi il vantaggio per il quale le clausole normative valgono per tutti i potenziali clienti, limitandosi a modificare gli elementi che richiedono una personalizzazione, tra cui il prezzo, una misura, delle situazioni economiche del momento. In tal modo conservando la parte che la banca predisponente unilaterale ha sperimentato nel tempo come utile per i suoi interessi, in modo tale che essa effettui un'offerta di un bene il quale risulta accompagnato anche da una regolamentazione unilateralmente predisposta.

Prendendo le mosse da un'analisi più marcatamente economica, è fuori discussione che ad una impresa finanziaria convenga economicizzare i costi risparmiando i tempi e predisponendo ad esempio una bozza di contratto che valga per tutti i clienti che entreranno in contatto con la banca.

Proprio al fine di porre in evidenza il “trait d'union” con la disciplina delle condizioni generali di contratto³⁵³, appare necessario evidenziare che frequentemente nel campo del diritto dei contratti, delle obbligazioni, delle imprese, delle imprese collettive, molto spesso il diritto è la fotografia di uno stato di cose ripetuto nel tempo³⁵⁴ filtrato attraverso una valutazione di equità, ossia una considerazione che così il più delle volte accadono le cose e, poiché accadono senza turbare troppo una fascia sociale perché si è evoluta spontaneamente una certa situazione, il diritto la recepisce e la giuridizza. Si tratta della stessa logica che innerva la trasformazione di una prassi, che magari potremmo anche considerare che abbia già di per sé una potenzialità giuridica.

Il Legislatore prende atto del fatto che è concesso alle imprese di scrivere le regole del gioco e nel 1940 – poi, come è noto, il Codice del 1942 è stato emanato qualche anno dopo – si disciplina il fenomeno delle condizioni generali di contratto, ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c.

³⁵² Per un quadro generale sulla contrattazione per adesione si veda M. C. DIENER, *Il contratto in generale*, Milano, 2002, 255. Infatti, nel concetto di contrattazione per adesione, tradizionalmente, la dottrina vi ricomprende l'ipotesi delle condizioni generali di contratto ex art. 1341 c.c., l'ipotesi dei contratti conclusi mediante moduli o formulari ex art. 1342 c.c., nonché il c.d. contratto “aperto” connotato dalla particolarità di consentire, a determinate condizioni, l'ingresso di nuove parti dell'assetto negoziale.

³⁵³ La centrale rilevanza della disciplina delle condizioni generali di contratto nel tema che si va esaminando ruota attorno alla lettera dell'art. 1341 c.c. nella parte in cui stabilisce che esse vincolano il contraente aderente non solo se effettivamente conosciute al momento della conclusione del contratto, ma anche se conoscibili attraverso l'ordinaria diligenza. Il che impone l'onere – particolarmente pregnante per il contraente “debole” – di conoscere anche ciò che si colloca al di fuori dal contenuto del contratto.

³⁵⁴ Sulla rilevanza degli usi normativi nel campo del diritto privato v. P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, XXIII edizione, Giuffrè, 2020.

È importante questo *excursus* di riflessione giuseconomica perché il Legislatore interviene nel 1992 con la legge sulla trasparenza³⁵⁵, che contiene un insieme di regole destinate a limitare una prassi delle banche che era passata dall'essere virtuosa ad atteggiarsi come abusiva, intervenendo in una situazione che non si poteva sradicare, non potendosi materialmente chiedere alle banche di incaricare un impiegato per ogni apertura di conto corrente a fare una negoziazione sul contratto.

Il Legislatore del 1942 riconosce la possibilità che in un rapporto in serie di un'impresa, il regolamento giuridico di quel rapporto sia dato da condizioni di contratto meramente conoscibili, anche se non conosciute dalla parte aderente³⁵⁶, ossia il cliente: è il caso, ad esempio, delle condizioni generali di trasporto che noi ci impegniamo a rispettare salendo sul treno o sull'autobus³⁵⁷. Il più delle volte esse non sono da noi conosciute e se noi ci chiediamo che cosa sia il contratto – che è incontro di una proposta e di un'accettazione – difficilmente diremmo che siamo disponibili ad accettare una proposta se non la conosciamo. Alla luce di quanto evidenziato, il Legislatore negli anni '40 riconosce l'opponibilità nei confronti del cliente trasportato che sale sul treno o sull'autobus di clausole generali stabilite dalle ferrovie anche se non le ha conosciute, perché riconosce prevalente l'esigenza dell'impresa di avere un sistema di applicazione delle proprie regole non dovendole volta per volta sempre discuterle con la controparte e richiedendo esclusivamente che queste condizioni siano conoscibili.³⁵⁸

Se trasliamo lo schema dell'opponibilità delle condizioni generali di contratto nel contesto dei rapporti negoziali intercorrenti tra banche e cliente, ciò ha permesso per tanti anni alle prime di tenere condotte non particolarmente conformi al canone generale della trasparenza contrattuale e del *clare loqui*³⁵⁹.

³⁵⁵ È opportuno segnalare fin d'ora come il contenuto precettivo di tale apparato normativo debba essere letto in uno lo statuto previsto dalla Legge n. 142 del 1992 in materia di credito al consumo, alla luce del fatto che entrambe le discipline citate sono poi confluite nel Testo Unico Bancario del 1993.

³⁵⁶ Memorabili le riflessioni di N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, 347 ss.

³⁵⁷ È noto come il settore dei trasporti sia stato tra i primi settori imprenditoriali ad essere storicamente interessato dal fenomeno della contrattazione di massa, la standardizzazione in tale campo è funzionale, infatti, alla celerità nell'erogazione del servizio ed impedisce che le singole clausole contrattuali debbano essere rese oggetto di specifica trattativa ogni volta che si debba addivenire al perfezionamento del contratto. È altrettanto noto come sul piano della tutela del contraente debole, alla tutela eminentemente formale contenuta nella disciplina delle condizioni generali di contratto ex art. 1341 c.c. si contrappone la disciplina settoriale della chiarezza e della comprensibilità consumeristica.

³⁵⁸ Sui presupposti della disciplina delle condizioni generali di contratto si veda Cass. 19 maggio 2006, n. 11757; Cass., 27 aprile 1991, n. 4638; Cass., 27 ottobre 1987, n. 792.

³⁵⁹ DE POLI M., *La contrattazione bancaria. Tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, Milano, 2012, 7 ss.

A differenza delle condizioni generali di trasporto, che sono molto essenziali e tendono ad esonerare dalla responsabilità senza incidere enormemente su un sistema economico, diversamente accade nel settore contrattuale finanziario.

Alla fine degli anni Ottanta monta sempre più frequentemente uno stato di profondo disagio nella società economica verso le banche.³⁶⁰ Piccoli imprenditori cominciano ad accusare un sentimento di forte disagio per questo forte potere contrattuale delle banche di approfittare di clausole non negoziate, non discusse, certamente conoscibili ma di fatto non conosciute dalla clientela. In altre parole, monta uno stato di insoddisfazione diffuso che non riesce a trovare una forte reazione nel giudice. Gli avvocati migliori impugnano i contratti ma alla fine fanno valere clausole generali contenute nel Codice civile – quali ad esempio, i canoni generali della correttezza e della buona fede –, armi con forte carico di potenzialità ideologica ma scarsa efficacia pratica.³⁶¹

Oltre a ciò, occorre osservare che pochi si possono permettere il contenzioso – e dunque il primo grado, il secondo grado di giudizio, la Cassazione – per cui alla fine questi conflitti o sanno aggredire efficacemente il contratto o non sono nemmeno convenienti per il cliente per il fatto che comportano il mettersi contro la propria banca. Agire giudizialmente nei confronti della banca negli anni Ottanta non significava solo opporsi alle pratiche contrattuali del contraente forte, ma anche contestare l'intero ceto bancario che aveva capito che era conveniente allinearsi con una standardizzazione di clausole uguali per ogni banca, sancendo la definitiva sepoltura della libertà negoziale.

In tale contesto, nel 1988 il Legislatore fa capire al sistema bancario che se non vuole che Egli intervenga con delle regole calate appunto dall'alto veicolando interessi di natura patrimoniale, occorre la gestione contrattualizzata tra le parti.

Sotto questo particolare punto di vista, appare opportuno distinguere tra interessi patrimoniali ed interessi personali.

Gli interessi patrimoniali³⁶² – si pensi a quelli sottesi ad un diritto di credito od alla proprietà – generalmente sono considerati come delegabili alle parti affinché esse trovino

³⁶⁰ F. CIVALE (a cura di), *La trasparenza bancaria: rapporto banca-cliente e forme di tutela*, Milano, Giuffrè, 2013, 5 ss., il quale mette bene in evidenza come la disciplina del 1992 rappresenta il risultato di un amplissimo dibattito temporalmente collocato negli anni Ottanta ed avente ad oggetto i profili problematici relativi alla centralità del ruolo delle banche ed alla collegata tutela del contraente debole.

³⁶¹ Sul punto si veda P. GALLO, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in Riv. dir. civ., 2002, I, 256 ss.

³⁶² Sulla patrimonialità della prestazione dedotta in obbligazione ed il carattere anche non patrimoniale dell'interesse creditorio ex art. 1174 c.c. v. C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 4, *L'obbligazione*, vol. IV, Milano, 1993, 2 ss.

dove c'è un conflitto un equilibrio attraverso un accordo. La stessa cosa non si può dire per gli interessi di carattere personale, quali l'interesse alla genitorialità o gli interessi sottesi ai rapporti coniugali³⁶³. Ad esempio, è vero che sotto un certo punto di vista il matrimonio è un accordo ma è un accordo di cui non scriviamo le regole³⁶⁴, le quali sono contenute nel Codice civile.

In tale contesto, il Legislatore nel 1988 suggerisce al sistema bancario di fare una sorta di "self restraint" e di autolimitazione degli abusi, con l'impegno come sistema di dar vita a delle clausole che siano eque ma che non siano abusive o eccessive.

Nel 1988 pertanto il sistema bancario produce una sorta di autoregolamentazione, un invito alle banche di limitare questo forte potere di non essere eque, trasparenti. Questa sorta di delega alle parti di scriversi le regole da sé è un atteggiamento molto maturo ma è anche un atteggiamento che deve avere una sorta di controllo perché se dopo questa delega l'accordo non viene rispettato sarà ineludibile l'intervento del Legislatore. Se chi è più forte autolimitasse la propria forza ci sarebbe una sorta di pace contrattuale senza necessità di un intervento di terzi. Tuttavia, il sistema bancario è sempre stato molto attratto dalla moltitudine di clienti: da un lato, la mancanza di trasparenza paga troppo, per converso essere trasparenti costa troppo e pertanto l'accordo di autoregolamentazione del 1988 di fatto è lettera morta perché non viene rispettato.

Dopo vari tentativi di disciplina, il 17 febbraio 1992, con la legge n. 154³⁶⁵ il Parlamento italiano emana la prima legge sulla trasparenza bancaria. Essa tende a calmierare obbligatoriamente l'eccessivo potere delle banche di scrivere le regole e le modalità con cui queste regole vengono scritte.

Il Legislatore ha preso atto che per una serie di ragioni³⁶⁶ – tra cui la sudditanza, la complessità dell'operazione, l'inferiorità psicologica, lo stato di agitazione – occorre

³⁶³ In dottrina, fra i contributi specifici sul tema si segnalano: C. MARTI, *Accordi non omologati tra coniugi separati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, II, 71 ss.

³⁶⁴ P. RESCIGNO, *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Persona e comunità*, II, Padova 1988, 462 ss., in part. p. 472, che mette in luce qualificandolo alla stregua di un progresso l'aver inserito gli atti di diritto familiare nel solco dell'operatività dell'autonomia negoziale.

³⁶⁵ Grazie a questa legge il tema della trasparenza in ambito bancaria trova una sua prima organica formulazione disciplinare. L'importanza di questa legge risiedeva innanzitutto nel fatto che essa rappresentava il culmine o il primo punto di arrivo di un ampio dibattito sviluppatosi sul finire degli anni Ottanta che coinvolgeva il ruolo delle banche, nonché avvertite esigenze di tutela del cliente e di efficienza nel settore del credito.

³⁶⁶ Alla formulazione di tale disciplina hanno concorso una pluralità di fattori: la Costituzione, la quale all'art. 47 dispone «la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito»; il susseguirsi di iniziative legislative (a partire dalla c.d. proposta Minervini del 1986) che

creare un sistema che avrebbe dovuto garantire di più la possibilità che la persona che si reca in banca per il rilascio di un prestito sappia efficacemente ed effettivamente a quali conseguenze di natura economica va incontro.

Occorreva sgretolare il sistema codicistico improntato sugli artt. 1341 e 1342 c.c. che – come sopra ampiamente illustrato – sono abbastanza inefficaci rispetto alle situazioni contrattuali in cui si confrontano soggetti che sono connotati da una forte asimmetria informativa.³⁶⁷ In tale contesto, il proposito del Legislatore fu quello di creare un sistema che si basasse molto sugli obblighi di informazione affinché il cliente avesse uno spazio di riflessione prima di firmare un contratto, e facendo in modo però che quando egli firma un contratto gli venga consegnata una copia, alla luce del fatto che il contratto bancario è un contratto di durata.

Per tali motivi, appariva dunque necessario irrobustire la tematica e la questione dell'informazione attraverso tutta una serie di congegni o di regole che saranno esaminate nel proseguo della trattazione.

Prima di entrare nella dimensione concreta delle regole sul *clare loqui* nel settore bancario, occorre in via ulteriormente preliminare osservare che cosa c'è dietro questa scelta legislativa. Invero, il sistema della trasparenza bancaria è un complesso di regole la cui ontologica esistenza postula una scelta di campo da parte del legislatore. Da un lato, Egli sarebbe potuto intervenire all'interno dell'accordo concluso per valutarlo in vista del suo contenuto equo o non equo: il che avrebbe comportato che un terzo soggetto, il Legislatore, ora per allora valuta la scelta contrattuale delle parti e contenuto del contratto, entrando in quel regno della libertà delle parti, cosa che è impossibile, non auspicabile. Dall'altro lato, l'alternativa era quella di una scelta diversa più responsabilizzante, imponendo alla banca di fornire più informazioni possibili.

È una scelta di politica legislativa estremamente importante perché nel primo caso il legislatore diventa una sorta di giudice di un contratto già concluso che può essere

hanno trovato compimento solo con la legislatura successiva; ma anche la sensibilizzazione della giurisprudenza e della dottrina e l'autodisciplina predisposta dagli stessi istituti bancari attraverso la stipula e la firma di accordi interbancari; nonché le esperienze straniere, sia europee (dir. 1987/102/CEE in tema di credito al consumo) sia extraeuropee (Credit Consumer Act del 1984 e il Truth in Lending Act del 1968). Per un focus sull'evoluzione storica della disciplina, v. CAPOBIANCO E., *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000.

³⁶⁷ Si badi che – come ampiamente messo in evidenza nei paragrafi precedenti – l'art. 1341 c.c. nella parte in cui prevede che «Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza.» appresta una tutela di carattere eminentemente formale

riportato idealmente all'osservazione di un terzo, l'autorità giudiziaria³⁶⁸, che valuta se è corretto, equo, oppure oggetto di abuso ed in tal caso lo dichiara nullo o lo annulla.

L'adesione alla prima soluzione³⁶⁹ avrebbe generato una forma di interferenza, di invasività molto forte, ma al di là dell'interferenza, dell'invasività nelle scelte su rapporti patrimoniali quali sono quelli bancari, rapporti economici generalmente assoggettati alla libertà contrattuale, ai clienti non sarebbe assolutamente convenuto un sistema di questo genere. Perché loro devono far causa, devono farsi assistere da un legale, devono aspettare una decisione e dimostrare che c'è un abuso. Chiaramente il Legislatore non potrà mai andare ad elencare tassonomicamente gli abusi perché ha contezza della infinita fantasia degli operatori bancari, dovendo quindi muoversi per categorie generali.³⁷⁰ Il Legislatore deve dire se il contratto è iniquo e se la banca ha abusato dello stesso, servendosi di condizioni generali ampie che poi spetta a chi vuol farle valere dimostrare, allegando in giudizio che sono state violate e che non sono state rispettate.

Tornando alla trasparenza ed al dilemma che essa aveva posto, un Legislatore si pone il problema se vietare una condotta oppure imporre di spiegare che quella condotta può essere potenzialmente rischiosa. Generalmente negli ordinamenti giuridici di matrice liberale si cerca di irrobustire attraverso gli obblighi precontrattuali³⁷¹ di informazione la consapevolezza che aderire ad una determinata operazione finanziaria può essere foriera di conseguenze economiche pregnanti³⁷². La scelta è sempre di recedere dal proposito di vietare, a favore della scelta di informare nella speranza che non si acceda ad operazioni finanziarie particolarmente sconvenienti, ma lasciando libere le persone. In casi eccezionali il Legislatore usa il sistema di vietare vendite e contratti, soluzione che rappresenta *l'extrema ratio* nei rapporti contrattuali in quanto volta a mortificare l'autonomia negoziale.

³⁶⁸ Ciò che avrebbe comportato verosimilmente un'applicazione del canone della buona fede come regola di validità, riprendendo la tradizionale dicotomia tra regole di validità e regole di comportamento. Sul punto v. A. MUSIO, *La buona fede nei contratti del consumatore*, 82 il quale si sofferma sulla distinzione appena individuata.

³⁶⁹ Si veda sul punto M. DE POLI, *op. ult. cit.*, 8 ss.

³⁷⁰ Sempre ai fini di creare un parallelismo con la disciplina delle condizioni generali di contratto ex art. 1341 c.c., si ricordi che ad un più tradizionale orientamento che ritiene tassonomica l'elencazione delle condizioni generali di contratto vessatorie di cui alla disciplina del Codice civile, si contrappone un orientamento che ne ammette l'estensione analogica per identità di *ratio*. Si veda sul punto Cass. civ. sez. III, 4 giugno 2013, n. 14038, in www.iusexplorer.it.

³⁷¹ Sugli elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale v. Cass. civ., sez. II, 15 aprile 2016, n. 7545;

³⁷² A segnalare il continuo conflitto tra la tendenza alla concretizzazione ed il carattere di fattispecie ad antecedente logico aperto della regola di buona fede, MARINETTI, *Responsabilità precontrattuale e risarcimento dei danni: verso una concezione sempre più estensiva*, in *Danno e resp.*, 2000, 10, 982.

Questa introduzione di carattere teorico-generale sul tema della trasparenza bancaria consente di replicare questi paradigmi metodologici su tutte le legislazioni speciali che sono a tutela del contraente debole in ambito non solo bancario, ma anche in quello assicurativo ed in tantissimi altri casi: ciò in quanto il diritto bancario è sempre stato la punta di diamante nelle discipline in materia di impresa e di tutela del cliente. Infatti, prima intervenivano le leggi sulle banche e poi seguivano tutte le altre leggi in settori economici in cui c'erano questi squilibri che guardavano al modello bancario.³⁷³ Per questo lo studio della trasparenza in ambito bancario ci affaccia a taluni aspetti che, *mutatis mutandis*, ritroveremo, diversi ma con la stessa finalità, in altri contesti differenti. Alla luce delle premesse fin qui svolte, il Legislatore opta per la soluzione più responsabilizzante, che lo conduce ad imporre alla banca pregnanti obblighi informativi³⁷⁴.

In ultima analisi, la trasparenza bancaria permette di sapere tutto prima di concludere un contratto, garantendo uno *spatium deliberandi* prima di sottoscriverlo.³⁷⁵

Infine, il Testo Unico in materia bancaria – il c.d. TUB, contenuto nel d.lgs. 385/1993 – rappresenta la legge primaria dove troviamo le regole aventi valore di legge. Tuttavia, il Legislatore consente una delega alle autorità creditizie, tra cui vale la pena ricordare il Comitato interministeriale per il credito e il risparmio, la Banca d'Italia, il Ministero dell'economia. In quel caso la delega è affidata alla Banca d'Italia con le istruzioni di vigilanza del 29 luglio 2009. Per tal via, viene a costituirsi un complesso di regole che sono sia di principio sia di dettaglio. Le regole aventi valore di legge sono regole di principio, sulla base delle quali la Banca d'Italia scrive i dettagli poiché risulta facile modificarli, perché conosce bene la materia, ed infine perché non deve convocare un Parlamento per fare una modifica. Quando le materie mutano nel tempo, se esse sono regolate da una legge l'evoluzione della disciplina richiede una modifica della stessa connotata da procedure complesse: appare molto più agevole delegare tali poteri ad

³⁷³ Non a caso, come si è messo in evidenza, si tratta di una disciplina che gode del primato di carattere cronologico nell'aver dato vita ad un primo statuto organico della trasparenza. Cfr. G. CARRIERO, *Nuova trasparenza bancaria, tutela del risparmiatore e prospettive di riforma del credito al consumo*, Torino, Giappichelli, 2004, 11 ss.

³⁷⁴ Sulle finalità degli obblighi informativi, F. SCAGLIONE, *Buona fede in contrabendo e ordine pubblico economico nel sistema del diritto privato del mercato*, in *Giur. It.*, 2008, 1.

³⁷⁵ Per una puntuale ricostruzione dell'evoluzione del dovere di informazione anche in collegamento con i profili di responsabilità, v. P. GALLO, *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004, 295.

un'autorità con potere normativo di carattere regolamentare che decide in maniera un po' meno democratica, ma con un processo più rapido e snello.

Il momento genetico del dovere di *clare loqui* nel contesto del diritto bancario è da collocarsi nella Riforma del 1992³⁷⁶, contenente un coacervo di disposizioni volte alla disciplina della trasparenza in tema di operazioni e servizi bancari e finanziari che sarà successivamente trasfusa nel T.u.b.

In particolare, a parere di chi scrive il settore bancario appare l'ambito in cui si fa strada un'esigenza di trasparenza nei rapporti tra la banca ed il cliente, capace di assurgere a principio generale idoneo a contaminare in una logica sostanziale anche la disciplina di cui all'art. 1341 c.c., con riferimento alla contrattazione standardizzata tra professionisti.³⁷⁷

Utilizzando un linguaggio privatistico che sembra evocare il contratto preliminare quale fattispecie a formazione progressiva, anche l'istanza di trasparenza quale bisogno di accessibilità da parte del cliente acquista una forma di corporeità in quanto sia destinata ad incidere su un certo oggetto. Oggetto che, per ciò che in questa sede rileva, è rappresentato dal contratto bancario.

Nell'ambito applicativo così individuato, la trasparenza nei contratti bancari si sostanzia in un coacervo di disposizioni volte a garantire la piena accessibilità del cliente al contenuto del rapporto negoziale.³⁷⁸

Più nel dettaglio, tale canone apparentemente monolitico appare passibile di una frammentazione polifunzionale³⁷⁹ in grado di rilevare secondo plurimi aspetti. In via di prima approssimazione si tratta di una garanzia di chiarezza sul rapporto che ha come diretto beneficiario il cliente, ed in via indiretta la tutela della concorrenza sul mercato. Senza pretesa di esaustività, l'onere di trasparenza risulta soddisfatto in quanto l'intermediatore finanziario metta a disposizione della controparte contrattuale una serie

³⁷⁶ Si tratta di una disciplina recante «Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari» che gode di un primato cronologico, resa oggetto di continui interventi normativi. Cfr. A. MIRONE, *La trasparenza bancaria*, Padova, Cedam, 2010, 7 ss.

³⁷⁷ Sull'argomento v. M. COSTANZA, *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori*, in *Giust. Civ.*, 1994, 343 ss.

³⁷⁸ Sullo sfondo vi erano la prima e, soprattutto, la seconda direttiva dell'allora Comunità Europea comunitaria in materia creditizia (dir. 1977/780/CEE, attuata con il d.P.R. n. 27 giugno 1985, n. 350 e dir. 1989/646/CEE attuata con il d.lgs. 14 dicembre 1992, n. 481 poi trasfuso nel T.u.b).

³⁷⁹ Sul carattere proteiforme della trasparenza in ambito bancario, P. RESCIGNO, «*Trasparenza*» *bancaria e diritto «comune» dei contratti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, I, 297: «Nel vocabolario del nostro tempo la parola “trasparenza” ha una singolare fortuna, come se le si riconoscesse la capacità di investire ed illuminare settori che sembravano connotati da impenetrabilità e dal mistero».

di informazioni volte a consentire a costui di valutare la convenienza della stipulazione dell'accordo ed i relativi costi e benefici.³⁸⁰ Oltre a ciò, si tratta di un principio generale che consente al cliente di esercitare un potere di controllo in concreto del comportamento dell'intermediario finanziario sia nel momento del perfezionarsi dell'accordo negoziale sia in relazione al momento esecutivo che si colloca a valle della conclusione del contratto medesimo. Il principio distillabile dall'art. 5 della dir. 93/13/CEE svolge anche una pregnante funzione di garanzia circa la corrispondenza del contenuto del contratto bancario rispetto agli specifici criteri, limiti e vincoli all'uso fissati dalla Banca d'Italia. E ancora, tracce del canone di accessibilità sub specie di chiarezza e comprensibilità delle clausole negoziali emergono dalla disciplina del TUB, con particolare riferimento all'art. 118 TUB: si tratta di una norma tesa a limitare la possibilità per l'istituto di credito di modificare unilateralmente il contenuto delle singole clausole negoziali omettendone la comunicazione al cliente.

Per la sua genericità e per la sua trasversalità³⁸¹, il concetto di trasparenza è senza dubbio idoneo a trovare applicazione su plurimi versanti riferibili al contratto³⁸²: tale principio infatti può riguardare le modalità di estrinsecazione delle dichiarazioni della volontà, secondo una logica ispirata alla tendenza ad un forte e pregnante neoformalismo negoziale; inoltre, tale principio può sciogliersi in un precetto di stile volto a configurare l'intelligibilità, la chiarezza e la comprensibilità delle clausole negoziali; oppure la trasparenza potrebbe riferirsi all'oggetto dell'accordo negoziale esprimendo la necessità di un nucleo essenziale contenutistico che sarebbe imprescindibile al fine di consentire al singolo cliente una scelta matura e consapevole che esiti in un bilanciamento concernente i benefici e gli eventuali rischi connessi all'operazione finanziaria di riferimento.³⁸³

³⁸⁰ Cfr. G. ALPA, *Quando il segno diventa comando: la "trasparenza" dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 2, 465 ss. La medesima prospettiva è stata ripercorsa di recente da E. QUADRI, *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, II, 90 ss.

³⁸¹ La polifunzionalità del concetto di trasparenza bancaria è ben evidenziata da E. QUADRI, *Intervento, in Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto*, a cura di A. Marini e C. Stolfi, Napoli, 1992, 112: «Sebbene sia naturalmente l'ambito commerciale e negoziale, quello maggiormente e direttamente interessato alla questione in esame, non è da sottovalutare come la richiesta di trasparenza provenga sempre più anche dal diritto pubblico. Nelle relazioni con i cittadini, alle istituzioni pubbliche è richiesta una maggiore garanzia di chiarezza nello svolgimento dei procedimenti attraverso cui esse amministrano la cosa pubblica»; v. anche A. NIGRO, *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1992, I, 422 ss.

³⁸² Sottolinea le diverse accezioni del termine "trasparenza" a seconda dei settori di incidenza G. Alpa, *op. ult. cit.*, 465 ss.

³⁸³ M. MACELLO, *Problematiche in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *La nuova legge bancaria. Prime riflessioni sul testo unico in materia bancaria e creditizia*, a cura di M. Rispoli Farina, Napoli, 1995, 308.

Al netto dei rilievi dogmatici e sistematici svolti nel capitolo precedente sulla centralità del ruolo della trasparenza – anche ai fini del giudizio di abusività delle singole clausole contrattuali – giova in questa sede sottolineare come tale dogma acquisti una particolare rilevanza alla luce delle particolarità e del *quid proprium* che connota i contratti bancari. In primo luogo, un primo elemento caratterizzante tali contratti concerne il profilo soggettivo che connota tali accordi, alla luce dei particolari modelli organizzativi propri degli intermediari finanziari. Oltre a ciò, si registra la tendenza delle banche ad un frequente ricorso alla contrattazione standardizzata attraverso l'unilaterale predisposizione di condizioni contrattuali.³⁸⁴

Ne deriva che il modello paradigmatico del contratto di diritto bancario assurge a terreno d'elezione per l'esplicarsi di una nozione lata di trasparenza, *sub specie* di principio generale di accessibilità, chiarezza e comprensibilità volto a consentire al cliente di maturare una scelta economica libera, matura e consapevole.

Ad incrementare la complessità, ma anche la curiosità, afferenti a tale nodo problematico contribuisce il rilievo volto a mettere in evidenza come l'attività degli intermediari finanziari si caratterizzi per un armonico intreccio di esigenze di carattere sia superindividuale sia privatistico.

Quanto al profilo oggettivo, particolarmente qualificante appare anche il dato concernente l'oggetto "materiale" del contratto di diritto bancario: i beni finanziari³⁸⁵ non costituiscono oggetto costante della quotidianità e ciò contribuisce in misura altamente rilevante a porre problematiche di accessibilità, di equilibrio negoziale.

Ai fini del giudizio di vessatorietà, declinato sul versante dell'art 1341 c.c. o del 34 Cod. cons. a seconda che il cliente sia qualificabile o meno come consumatore ai sensi e per gli effetti della disciplina contenuta nella Dir. 93/13/CEE, occorrerà accertare in concreto secondo una valutazione "case by case" l'effettiva possibilità di apprensione del significato della clausola negoziale.³⁸⁶

³⁸⁴ M. PORZIO, *Note introduttive, Commentario alla legge 17 febbraio 1992, n. 154*, a cura di M. Porzio, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, 1124.

³⁸⁵ FERRO LUZZI P., *Introduzione*, in AA. VV. *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?* Torino, 2011.

³⁸⁶ In ultima analisi, l'obiettivo cui tende il presente elaborato è quello di interrogarsi circa l'esistenza di un principio generale di trasparenza capace di rendere effettiva sotto un profilo sostanziale la tutela dell'aderente alle condizioni generali di contratto unilateralmente predisposte dal contraente professionista.

La necessità di una trasparenza bancaria è resa palese anche dai profili strutturali dei contratti di diritto bancario – tra cui acquistano particolare rilievo i contratti di credito al consumo o il c.d. mutuo indicizzato alla valuta estera – che si caratterizzano per flussi di denaro in base al quale l'intermediario finanziario concede a mutuo una somma di denaro al cliente, il quale si obbliga alla restituzione del *tantundem* in base ad un criterio di computo degli interessi che occorre sia fissato in modo tale da consentire al cliente di vincolarsi in modo consapevole all'assetto di interessi unilateralmente predisposto dalla banca.³⁸⁷

Un'ulteriore connotato intrinseco a tale settore negoziale, è rappresentato dall'atipicità contenutistica,³⁸⁸ dalla unilaterale predisposizione da parte della banca o dell'intermediario finanziario o, in un'ultima analisi, dal ricorso a moduli o formulari da sottoporre all'adesione del cliente, il quale vede drasticamente ridimensionata la propria libertà negoziale: egli infatti non potrà liberamente contribuire alla determinazione del contenuto dell'accordo, ma potrà limitarsi ad aderire alla proposta contrattuale dell'operatore finanziario. In tale contesto assume centrale rilevanza la problematica concernente l'esigenza della trasparenza e dell'accessibilità al sacrificio economico così delineato dall'assetto di interessi fissato dalla banca in modo da poter decidere per una forma di adesione libera, piena e consapevole.

Nel settore del diritto bancario più di ogni altro, emerge lo straordinario potere correttivo della trasparenza, la quale garantisce lo svolgimento di rapporti contrattuali ispirati ad una logica di equilibrio anche sotto il profilo della lealtà e della correttezza: si tratta di una necessità resa palese dall'asimmetria non solo economica ma anche informativa che connota i rapporti intercorrenti tra l'operatore finanziario ed il cliente.

³⁸⁷ Una peculiare declinazione della nozione di trasparenza la si può osservare nella nuova direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 febbraio 2014 in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010. Lo strumento normativo in parola mira sostanzialmente a definire un quadro comune per quel che concerne taluni aspetti dei contratti di credito ai consumatori garantiti da ipoteca o altrimenti garantiti e relativi a beni immobili residenziali.

³⁸⁸ In tema di atipicità contrattuale e controllo di meritevolezza v. C. SCOGNAMIGLIO, *Problemi della causa e del tipo*, in V. Roppo (a cura di), II, Milano 2006, 120 ss.

2. Quadro normativo di riferimento e progressiva evoluzione della c.d. trasparenza bancaria.

Una prima istanza di trasparenza concernente il rapporto negoziale intercorrente tra la banca ed il cliente trova la sua genesi in una serie di accordi interbancari³⁸⁹ volti a garantire – quanto meno su di un piano formale – l’accessibilità, la pubblicità e la trasparenza con riguardo alle condizioni contrattuali che imponessero rilevanti sacrifici di carattere economico in capo al cliente.³⁹⁰

Come premesso all’inizio del *focus* concernente la trasparenza nel settore bancario, la prima raccolta sistematica di disposizioni e precetti è contenuta nella Legge n. 154 del 1992 che assurge a sintesi di diverse spinte provenienti da più fronti: da un lato il testo costituzionale³⁹¹ e dall’altro le proposte legislative, oltre alle indagini svolte da autorevoli voci in letteratura e condivise da innovative pronunce giurisprudenziali che hanno contribuito a far maturare l’esigenza di una disciplina sistematica del canone della trasparenza nelle operazioni contrattuali che si svolgono nei rapporti di diritto bancario. In tale quadro normativo, decisiva appare anche la dimensione comunitaria ispirata ad una visione monista di integrazione degli ordinamenti: di rilevante importanza a questo fine appare la direttiva del 1987³⁹² in materia di credito al consumo, la quale contiene specifici riferimenti che danno centralità alla tematica della trasparenza bancaria.

In ragione di tale novella legislativa, il canone del *clare loqui* nell’ambito del settore bancario trova una unitaria disciplina sistematica che per la prima volta pone l’accento su di una prospettiva di asimmetria tra la banca ed il cliente evidenziando la necessità di approntare per quest’ultimo una tutela pregnante sotto il profilo di carattere sostanziale. Tale intervento legislativo necessitò di una lettura ad ampio spettro, tesa a ricomprendere anche la novella dello stesso anno concernente il contratto di credito al consumo: le due

³⁸⁹ Sul punto si veda la ricostruzione di A. TIDU, *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari (voce)*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, 1 ss.; V. FARINA, *Brevi riflessioni sulla nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Contr. e impr.*, 2004, 843.

³⁹⁰ Cfr. A. MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie. La difficile transizione dal diritto delle banche al diritto bancario*, Milano, 1993, 26 ss.

³⁹¹ Si tratta della concretizzazione sul piano normativo del precetto costituzionale contenuto nell’art. 47 Cost., il quale stabilisce che «la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l’esercizio del credito».

³⁹² Si tratta della Direttiva 87/102/CEE in tema di credito al consumo.

discipline menzionate, infatti, apparivano già destinate a sciogliersi in un'unica raccolta normativa – il Testo Unico Bancario – con il quale si è provveduto ad una risistemazione organica delle due discipline secondo una logica di proficuo coordinamento.³⁹³

Giova sin da ora considerare che valutando complessivamente la trasformazione della disciplina concernente la trasparenza in ambito bancario – tenuto conto anche dei plurimi interventi che non sempre sono parsi corrispondere ad una logica unitaria – si può verosimilmente concludere che con i mutamenti legislativi si è prodotta anche una sensibile alterazione del canone di chiarezza e comprensibilità delle clausole economicamente onerose per il cliente. Infatti, se inizialmente il canone del *clare loqui* veniva inteso in senso eminentemente informativo³⁹⁴ – alla stregua di un bagaglio informativo messo a disposizione dell'aderente ed avente ad oggetto i caratteri dei beni finanziari – in ragione delle sopravvenienze normative si è prodotta un'alterazione qualitativa del concetto di accessibilità incidente non solo sotto il profilo della forma contrattuale, intesa come dichiarazione esteriore della volontà, ma anche e soprattutto sotto il profilo contenutistico.³⁹⁵ Alla luce dell'analisi che ci si accinge a svolgere ci si domanda se il canone delle trasparenza – tenuto conto della sopra esposta evoluzione normativa e delle copiose pronunce esaminate provenienti dalla giurisprudenza europea – possa assurgere a clausola generale che, in parallelo alla clausola generale della buona fede contrattuale, possa svolgere una funzione integratrice del regolamento negoziale, e nello specifico riequilibratrice dello squilibrio informativo ma anche contenutistico della clausole negoziali³⁹⁶.

Come sopra evidenziato, appare doveroso segnalare che con la novella del 1992 il Legislatore palesa una certa sensibilità all'istanza del cliente volta a garantire una chiarezza espositiva nella formulazione contenutistica delle clausole contrattuali. Ciò

³⁹³ Occorre osservare sin d'ora che la suddetta legge 17 febbraio 1992, n. 154, riguardante la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, va letta congiuntamente alla non meno importante legge del 19 febbraio 1992, n. 142, riguardante il credito al consumo, dal momento che le disposizioni contenute nell'una e nell'altra legge sono state poi recepite all'interno del Testo Unico Bancario (TUB) ossia il D.lgs. 1° settembre 1993, nel quale esse hanno trovato quel coordinamento.

³⁹⁴ Si tratta – come si vedrà *amplius* nelle riflessioni che seguono – di una forma di trasparenza precontrattuale, in forza della quale il Legislatore ha previsto degli obblighi della banca di informare il cliente di condizioni più vantaggiose e adeguate al suo profilo. Si tratta della concretizzazione di regole comportamentali che fissano un onere di condotta proattiva e cooperativa. V. CAPOBIANCO, *Gli obblighi di protezione nella contrattazione bancaria*, in *Contratti e Impresa*, 2012, 32 ss.

³⁹⁵ Sul punto v. CIVALE (a cura di), *La trasparenza bancaria: rapporto banca-cliente e forme di tutela*, Milano, Giuffrè, 2013, 7 ss.

³⁹⁶ P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Milano, Giuffrè, 2009, 193.

appare in perfetta coerenza con la *ratio* della disciplina che oltre ad essere orientata alla tutela del mercato finanziario, appare anche volta alla protezione del contraente che si trovi in una posizione di soggezione rispetto alla predisposizione unilaterale delle clausole contrattuali da parte dell'intermediario finanziario.

Particolare importanza, per quel che riguarda la trasparenza bancaria *stricto sensu*, assume dunque, come si è detto, il Titolo VI del TUB, denominato «Trasparenza delle condizioni contrattuali».

Va ricordato a questo proposito che il Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio (c.d. C.I.C.R.), ente presieduto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, alcuni anni più tardi, con la delibera del 4 marzo 2003 – infine modificata nel 2011 – ha voluto dare attuazione³⁹⁷ alla normativa primaria contenuta, appunto, nel Titolo VI del TUB, disegnando una disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari³⁹⁸.

Proprio in ragione della sopra menzionata delibera, la Banca d'Italia si è ritrovata investita del potere di formulare precetti specifici sempre in materia di disciplina della trasparenza bancaria. Proprio il potere che l'ha investita ha fatto sì che essa si facesse carico della disciplina secondaria riguardo alla trasparenza bancaria promulgando due provvedimenti

³⁹⁷ Tale iniziativa veniva alla luce in un momento storico particolarmente delicato per il settore delle banche e degli intermediari finanziari, momento in cui si assisteva nei loro confronti al venir meno della fiducia da parte della clientela: il collocamento di prodotti, come i titoli del debito argentino e le obbligazioni “corporate” Cirio Holding, senza che all'occorrenza fosse stato prospettato ai risparmiatori il grado di rischio dell'investimento in siffatti titoli, aveva generato una sfiducia dei consumatori verso le proposte degli operatori bancari.

³⁹⁸ Nel 1993, la disciplina contenuta nella L. n. 154/1992 e quella sul credito al consumo vennero fatte confluire all'interno del T.u.b. in capi distinti, ma sotto l'unico titolo recante «Trasparenza delle condizioni contrattuali». Nel corso del 2010 tale disciplina è stata modificata da due interventi normativi di ampia portata sistematica. Il primo è rappresentato dal d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, di attuazione della dir. 2007/64/CE, relativa ai «Servizi di pagamento nel mercato interno», che ha introdotto nel richiamato Titolo VI il Capo II-bis (artt. da 126-bis a 126-octies) recante «Servizi di pagamento». Il secondo intervento è rappresentato dal d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141, di attuazione, per quanto in questa sede rileva, della dir. 2008/48/CE disciplinante i contratti di credito ai consumatori, attraverso il quale il T.u.b. è stato sottoposto ad importanti modifiche che hanno introdotto delle novità proprio in tema di disciplina dei contratti bancari relativamente al Capo I del Titolo VI recante, oggi, «Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti» (artt. 115-120); tale decreto ha inciso, in senso rafforzativo, anche sul sistema delle sanzioni inibitorie e amministrative di cui al nuovo art. 123-ter e ha modificato la disciplina dei contratti di credito ai consumatori (Capo II), abrogando gli artt. 40-42 cod. cons. e lasciando all'interno di questo soltanto la norma di rinvio di cui all'art. 43.

Infatti, la normativa della trasparenza bancaria è strutturata oggi in tre regimi, i quali possono essere così denominati:

- norme suscettibili di essere applicate alle operazioni, nonché a servizi bancari e finanziari (Titolo VI, Cap. I);
- norme suscettibili di essere applicate esclusivamente ai contratti di credito ai consumatori (Titolo VI, Cap. II);
- norme suscettibili di essere applicate esclusivamente ai servizi di pagamento per il tramite di moneta scritturale (Titolo VI, Cap. II-bis).

distinti: uno dei quali rivolto alle banche e l'altro, invece, rivolto agli intermediari finanziari.

Non mancarono tuttavia aspre critiche a tali provvedimenti, aventi ad oggetto la suddetta disciplina secondaria messa a punto dalla Banca d'Italia. In particolare, una serie di criticità importanti fu rilevata nella pleora, e in alcuni casi addirittura duplicazione, delle informazioni, nonché nella scarsa comprensibilità e persino oscurità di quelli che pur dovevano essere documenti di trasparenza; con conseguente impatto negativo sui clienti, di rado messi nelle condizioni di potere adeguatamente scegliere e porre a raffronto le diverse offerte a disposizione sul mercato.³⁹⁹

Dietro la sollecitazione proveniente da queste critiche, così, la Banca d'Italia ha varato una nuova disciplina secondaria in fatto di trasparenza bancaria: si tratta del Provvedimento Banca d'Italia del 29 luglio 2009.⁴⁰⁰ Infatti, tale provvedimento ha riscritto, con l'obiettivo di aggiornarla, la normativa secondaria di trasparenza di tutte le operazioni e i servizi bancari – credito al consumo incluso – semplificando la documentazione e incrementando la comparabilità delle informazioni, attraverso la standardizzazione, anche massima, dei documenti da fornire alla clientela. Il punto essenziale da sottolineare è che la disciplina italiana in materia di trasparenza bancaria è stata indotta forzatamente ad un confronto con modelli eterogenei di provenienza comunitaria.⁴⁰¹

In generale, vale la pena osservare che nel corso degli ultimi venti anni e oltre, la disciplina in materia di trasparenza bancaria ha subito rilevanti aggiustamenti, rettifiche e mutamenti. In particolare, negli ultimi anni – emblematico, a riguardo, il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 – il Legislatore nazionale è intervenuto a più riprese in un ambito che riguarda direttamente quello delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Obiettivi di queste procedure di intervento sono stati temi come: il recesso dei contratti, l'estinzione

³⁹⁹ Si tratta del c.d. Provvedimento Banche (9° Aggiornamento del 25 luglio 2003 alla Circolare 21 aprile 1999, n. 229, «Istruzioni di Vigilanza per le banche. Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari») e il c.d. Provvedimento Intermediari (emanato con il Provvedimento del Governatore 15 luglio 2003, in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi degli intermediari finanziari).

⁴⁰⁰ Ciò, a seguito di un procedimento di consultazione pubblica iniziato nel marzo del 2009 che si trova pubblicato, oltre che nel sito della Banca d'Italia, in *Contr.*, 2009, p. 611 ss., con nota di P. CARRIÈRE, M. BASCELLI.

⁴⁰¹ il 29 luglio del 2009⁴⁵ infatti, la Banca d'Italia ha emanato le nuove “*Istruzioni di Vigilanza in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*”, in vigore dal 1° gennaio 2010 (G.U. n. 210 del 10 settembre 2009)⁴⁶, poi sostituite e integrate il 15 febbraio 2010, in attuazione del d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, di recepimento della dir. 2007/64/CE sui servizi di pagamento nel mercato interno.

anticipata dei mutui immobiliari, la surrogazione nei contratti di finanziamento e il regime di portabilità: pluralità di interventi, che hanno reso indispensabile, appunto, un regime di coordinamento, ottenuto con il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141.

Nonostante la pluralità degli interventi ed il tentativo di conferire una disciplina sempre più salda e unitaria alla materia, autorevoli voci in letteratura ritengono che questa pluralità di interventi non sempre si lasci inquadrare all'interno di un disegno unitario e organico.⁴⁰²

Se si considera con uno sguardo complessivo l'evoluzione della disciplina non si può non osservare come, a partire dalla idea originaria di una trasparenza informativa in senso stretto – intesa alla stregua di una garanzia offerta al cliente di informazioni chiare e complete circa i servizi bancari e finanziari dalla banca offerti – si è giunti all'idea di una trasparenza conformativa sia del contenuto sia della forma dei contratti bancari, il cui scopo è appunto quello di riequilibrare il rapporto esistente tra cliente e banca.⁴⁰³ Non è, dunque, eccessivo affermare che la Legge n. 142 del 1992 rivesta un'importanza epocale in riferimento all'evoluzione della normativa. È, infatti, proprio questa legge che segna l'inizio di una serie di garanzie a favore del cliente relativamente al suo diritto di avere un'informazione chiara e corretta per quel che riguarda prezzi, tasse, e, in generale, le condizioni praticate che sono contenute nei contratti. La grande importanza, infatti, delle «Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari» così promulgate, sta nel fatto che esse perseguono il duplice obiettivo di tutelare i consumatori, da un lato, come si è detto, ma altresì di porre chiari argini al fine di salvaguardare il mercato contro i rischi di abusi derivanti dalle posizioni dominanti che sino ad allora le banche avevano goduto nei riguardi della loro clientela, indistintamente considerata. Sino ad allora⁴⁰⁴, infatti, la trasparenza dell'attività bancaria si era concretata per lo più in una serie di codici di autodisciplina, certamente importanti, ma tuttavia limitati nel loro impatto e, in ogni caso, tali da non scalzare affatto la posizione di supremazia contrattuale delle banche nei rispetti della loro clientela. Di qui, allora, l'importanza della suddetta legge del 17 febbraio 1992, n. 154, la quale tutela non soltanto i consumatori, bensì in generale qualsiasi altra categoria clientelare che con il ceto creditizio intrattenga rapporti.

⁴⁰² F. CIVALE (a cura di), *La trasparenza bancaria: rapporto banca-cliente e forme di tutela*, Milano, Giuffrè, 2013, 7 ss.

⁴⁰³ P. BONTEMPI, *op. cit.*, p. 193.

⁴⁰⁴ In via di approssimazione, verosimilmente a partire dalla metà degli anni Settanta del Novecento, dietro impulso proveniente dall'ABI.

Trasparenza significa in effetti in primo luogo innanzitutto tutela a favore della platea dei risparmiatori così come degli investitori.⁴⁰⁵

Come si è anticipato, la suddetta legge 154/1992 è stata recepita con una serie di importanti integrazioni e modifiche all'interno del Titolo VI del TUB, il quale, in particolare all'art. 161, espressamente ha abrogato la legge suddetta, eccezion fatta per l'art. 10 di quest'ultima, avente a oggetto le fidejussioni per obbligazioni future o condizionali.⁴⁰⁶

Con riferimento alle principali novità, tuttora fondamentali per la disciplina, che il Testo Unico Bancario ha introdotto innanzitutto in materia di trasparenza bancaria occorre in primo luogo rivolgere lo sguardo alla peculiare intelaiatura sistematica che il D.lgs. 385/1993 rivela.⁴⁰⁷ Infatti, la normativa della trasparenza bancaria è strutturata oggi in tre regimi, i quali possono essere così denominati: in primo luogo, le norme suscettibili di essere applicate alle operazioni, nonché a servizi bancari e finanziari (Titolo VI, Cap. I). In secondo luogo, le norme suscettibili di essere applicate esclusivamente ai contratti di credito ai consumatori (Titolo VI, Cap. II). Infine, le norme suscettibili di essere applicate esclusivamente ai servizi di pagamento per il tramite di moneta scritturale (Titolo VI, Cap. II- bis).

Un ruolo particolarmente delicato svolge, all'interno di questa costruzione sistematica, l'art. 115 comma 3 T.u.b. in forza del quale differentemente rispetto al passato, la disciplina relativa a ciascuno dei tre sotto regimi sopra individuati è di per sé autonoma e autosufficiente.⁴⁰⁸

Risulta in particolare che le norme che possono essere applicate alle operazioni e servizi bancari e finanziari, in conformità della disciplina prevista dal Titolo VI, Capo I del T.u.b. possono essere applicate ai contratti di credito ai consumatori, nonché ai servizi di pagamento in moneta scritturale, rispettivamente disciplinati nel Titolo VI, Capo II e Capo II-bis T.u.b. solo nella misura in cui essi risultino – così recita il testo di legge – «espressamente richiamate».

⁴⁰⁵G. ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003, 39 ss.

⁴⁰⁶ P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, cit., 194.

⁴⁰⁷ F. CIVALE (a cura di), *La trasparenza bancaria: rapporto banca- cliente e forme di tutela*, cit., 7.

⁴⁰⁸ In forza di tale disciplina di cui all'art. 115 comma 3 T.u.b. «Le disposizioni del presente capo, a meno che siano espressamente richiamate, non si applicano ai contratti di credito disciplinati dai capi I-bis e II e ai servizi di pagamento disciplinati dal capo II-bis».

Si ha così quel fenomeno che viene qualificato come “scissione parziale” della normativa concernente la trasparenza. In tal modo, si crea una parziale separazione della normativa riguardante la disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la disciplina dei servizi di pagamento in moneta scritturale. Come si è anticipato, pur nella loro tendenza all’autosufficienza, tali discipline rimangono legate alla disciplina riguardante le operazioni ai servizi bancari e finanziari solo qualora vi sia un richiamo esplicito, in conformità a quel che prevede il Titolo VI, Capo I del Testo Unico Bancario.⁴⁰⁹

Le conseguenze e ripercussioni che tale dinamica di “scissione parziale” della normativa attinente alla trasparenza bancaria ha avuto sono assai rilevanti. In particolare, tale scissione parziale ha determinato una serie di importanti mutamenti nei paradigmi comportamentali che fino a quel momento gli utenti dei servizi bancari e finanziari avevano tenuto. È ormai da anni, si osserva, che i clienti italiani si sono familiarizzati con documenti a carattere informativo precontrattuale, come i cosiddetti “fogli informativi” o “documento di sintesi” che precedono e accompagnano la promozione e la pubblicità di servizi e prodotti bancari, ad esempio, nel caso del mutuo, o del conto corrente.⁴¹⁰

Nel caso poi dei contratti di credito ai consumatori la nuova disciplina ha previsto che – sempre ai fini della trasparenza – non venga fornito ai consumatori un documento di sintesi né un foglio informativo, bensì piuttosto un’autonoma informativa di natura precontrattuale: si tratta di quella consistente nel documento denominato “Informazioni europee di base sul credito ai consumatori”.⁴¹¹

Il verificarsi di questa dinamica di “scissione parziale” per quanto ha reso più rigoroso e incisivo il regime della trasparenza, ha d’altronde creato difficoltà e problemi, dal momento che ha finito per imporre sia alle banche sia, in generale, agli intermediari finanziari un coordinamento di discipline non di rado arduo, in modo particolare per quanto attiene ai contratti soggetti a sotto regimi plurimi di trasparenza bancaria, come potrebbero essere i conti correnti cui hanno accesso i servizi di pagamento offerti in moneta scritturale.⁴¹²

Lo scenario che presiedette alla redazione del Testo Unico Bancario rivela un duplice profilo: uno attinente all’ordinamento interno e l’altro all’ordinamento comunitario.

⁴⁰⁹ G. ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, cit., 22 ss. Cfr. F. CIVALE (a cura di), *La trasparenza bancaria: rapporto banca- cliente e forme di tutela*, cit., 8;

⁴¹⁰ P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, cit., 194 ss.

⁴¹¹ F. GIORGIANNI-C. M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario*, Milano, Giuffrè, 2009, 75.

⁴¹² F. CIVALE (a cura di), *La trasparenza bancaria: rapporto banca- cliente e forme di tutela*, cit., 8.

Innanzitutto, sul piano interno, già nella seconda metà degli anni Ottanta il Governatore della Banca d'Italia⁴¹³ rilevava, non senza preoccupazione, l'eccesso di stratificazione che le norme in materia bancaria avevano raggiunto nel nostro ordinamento. Di qui la necessità e l'indispensabilità di una aggiornata esposizione della legge bancaria.

L'impulso ad una organica riforma fu dato dalla ineluttabilità dell'impegno volto a dare attuazione alla cosiddetta seconda direttiva bancaria, la 89/646/CEE. L'occasione affinché finalmente si intervenisse ad una riduzione organica della normativa fu data dalla L. n. 142 del 1992 – vale a dire la legge comunitaria riferita all'anno precedente – la quale mise a punto due deleghe distinte. In forza della prima di esse il governo si impegnava a recepire nell'ordinamento nazionale la seconda direttiva bancaria di cui sopra, il che significava modificare complessivamente la disciplina previgente allo scopo di renderla adeguata alla direttiva stessa, come previsto agli artt. 2 e 25, comma 1, della legge suddetta.

Subito dopo la prima delega andava adempiuta la seconda, la quale prevedeva che fosse messo a punto un testo unico, nel quale le norme di attuazione della direttiva che erano da emanare venissero coordinate organicamente con tutte le disposizioni nazionali che in quella materia erano vigenti.

Di qui, allora, una serie di importanti disposizioni come quelle riguardanti la parità concorrenziale delle banche⁴¹⁴ operanti entro il mercato unico, la validità di livello europeo delle autorizzazioni all'attività bancaria rilasciate all'interno di ciascuno Stato, la libertà di stabilimenti o di prestazioni di servizi entro l'ambito dei Paesi membri, la collaborazione tra le diverse autorità sia interne sia internazionali relativamente all'esercizio dei controlli sugli operatori.

Così, come si è detto, nel Testo Unico Bancario – corrispondente al D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 – vennero recepite e riassorbite, per così dire, tanto la suddetta Legge n. 142 del 1992, riguardante il credito al consumo, quanto quella relativa alla trasparenza delle operazioni bancarie corrispondente alla Legge n. 154 del 1992.

Fra le importanti innovazioni del Testo Unico in materia bancaria – congiuntamente alla “scissione parziale” della normativa, di cui si è detto sopra – occorre osservare questi punti ulteriori, peraltro profondamente legati a quella tematica.

⁴¹³ Governatore in carica della Banca d'Italia dal 1979 al 1993 fu Carlo Azelio Ciampi;

⁴¹⁴ F. GIORGIANNI-C. M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario*, op. cit., 76.

In primo luogo, l'illustrazione esplicita delle finalità che le autorità creditizie sono portate a perseguire⁴¹⁵. Come si legge all'art. 5, comma 1 T.u.b., le «autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza a esse attribuiti (...) avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario». ⁴¹⁶

In secondo luogo, viene altresì esplicitamente formulata ex art. 6 T.u.b. una profonda connessione tra i poteri spettanti alle autorità creditizie e le disposizioni comunitarie.⁴¹⁷

In terzo luogo, si stabilisce che i soggetti che svolgono attività bancaria vanno incontro anche ad una significativa modificazione di ordine linguistico. Essi non sono più definiti enti creditizi bensì – come prevede l'art. 1 del TUB – banche⁴¹⁸. Oltre a ciò, l'art. 10 del TUB definisce esplicitamente l'attività bancaria, in primo luogo, attribuendo ad essa un carattere d'impresa esercitato esclusivamente dalle banche stesse e consistente nella raccolta del risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito. In tal modo, una serie di dispute risalenti (a partire dalla vecchia legge bancaria del 1936-1938) circa il carattere “pubblico” delle attività bancarie trovavano una definitiva risoluzione, dal momento che

⁴¹⁵ A. MIRONE, *La trasparenza bancaria*, cit., 19 ss.

⁴¹⁶ In particolare, l'art. 5 T.u.b. (Finalità e destinatari della vigilanza) prevede che: «1. Le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza a esse attribuiti dal presente decreto legislativo, avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario nonché all'osservanza delle disposizioni in materia creditizia.

2. La vigilanza si esercita nei confronti delle banche, dei gruppi bancari, degli intermediari finanziari, degli istituti di moneta elettronica e degli istituti di pagamento.

3. Le autorità creditizie esercitano altresì gli altri poteri a esse attribuiti dalla legge.

⁴¹⁷ L'art. 6 T.u.b. (Rapporti con il diritto dell'Unione europea e integrazione nel SEVIF, nel MVU e nel MRU) , dispone che:

«1. Le autorità creditizie esercitano i poteri loro attribuiti in armonia con le disposizioni dell'Unione europea, applicano i regolamenti e le decisioni dell'Unione europea e provvedono in merito alle raccomandazioni in materia creditizia e finanziaria.

2. Nei casi e nei modi previsti dalle disposizioni dell'Unione europea, le autorità creditizie adempiono agli obblighi di comunicazione nei confronti delle autorità e dei comitati che compongono il SEVIF e il MRU, della BCE e delle altre autorità e istituzioni indicate dalle disposizioni dell'Unione europea.

3. La Banca d'Italia, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, è parte del SEVIF e del MVU e partecipa alle attività che essi svolgono, tenendo conto della convergenza degli strumenti e delle prassi di vigilanza in ambito europeo.

3-bis. Le autorità creditizie esercitano i poteri d'intervento a esse attribuiti dal presente decreto legislativo anche per assicurare il rispetto del regolamento (UE) n. 575/2013, delle relative norme tecniche di regolamentazione e di attuazione emanate dalla Commissione europea a sensi degli articoli 10 e 15 del regolamento (CE) n. 1093/2010, ovvero in caso di inosservanza degli atti dell'ABE direttamente applicabili adottati ai sensi di quest'ultimo regolamento.

4. Nei casi e nei modi previsti dalle disposizioni dell'Unione europea, la Banca d'Italia può concludere accordi con l'ABE e con le autorità di vigilanza di altri Stati membri che prevedano anche la ripartizione di compiti e la delega di funzioni nonché ricorrere all'ABE per la risoluzione delle controversie con le autorità di vigilanza degli altri Stati membri in situazioni transfrontaliere».

⁴¹⁸ F. GIORGIANNI-C.M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario*, cit., 76 ss.

viene appunto detto che l'esercizio dell'attività bancaria ha carattere squisitamente imprenditoriale. Inoltre, altro elemento importante contenuto nel TUB è l'approfondimento e per certi versi addirittura la rielaborazione del concetto riguardante la raccolta del risparmio che dell'attività bancaria rappresenta uno degli aspetti salienti. Il Legislatore introduce qui una distinzione chiara tra quella che viene definita raccolta del risparmio tra il pubblico, che è compito delle banche svolgere, e la raccolta del risparmio in generale che – sia pure subordinatamente a determinate limitazioni e controlli – può essere svolta anche da parte di operatori finanziari non bancari. Infine, alle banche è altresì esplicitamente rilasciata l'autorizzazione di esercitare, fatte tuttavia salve le riserve che la legge prevede, ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuno, nonché attività connesse o strumentali. Ulteriori importanti innovazioni si sono avute anche per quanto attiene alla disciplina delle operazioni di credito e delle garanzie mobiliari che per la concessione dei finanziamenti bancari risultano assumibili. La maggior parte dei cosiddetti crediti speciali che erano infatti vigenti all'interno del sistema bancario nazionale viene infatti senz'altro eliminata: con la conseguenza che le operazioni creditizie a carattere speciale vengono a ridursi al credito fondiario, alle opere pubbliche, al credito agrario e peschereccio, nonché al credito su pegno.

Questo per quanto riguarda in generale la disciplina attinente al credito al consumo. Per quanto concerne, invece, come si è detto, la trasparenza delle condizioni contrattuali, è fondamentale l'intero Titolo VI del d. lgs. 385/1993 – artt. 115-129 del TUB. E vale la pena sottolineare ancora una volta, a questo proposito, la particolare cura posta dal legislatore nel mettere a punto una serie di disposizioni cogenti in cui viene valorizzato l'interesse del contraente debole; disposizioni, queste la cui trasgressione può essere oggetto di verifica da parte dell'organo di vigilanza.⁴¹⁹ Le disposizioni in oggetto sono svariate: meritano particolare menzione in questo contesto quelle riguardanti la pubblicità, nonché i limiti di forma e di contenuto posti all'autonomia contrattuale.

In generale, per quanto riguarda la suddetta attenzione posta nei confronti della parte contraente debole, vale la pena osservare che l'art. 127, comma 1, del Testo Unico Bancario⁴²⁰ prevede che le disposizioni riguardanti l'intero titolo della trasparenza siano

⁴¹⁹ F. GIORGIANNI-C. M. TARDIVO, *Diritto bancario*, Milano, Giuffrè, 2006, 460 ss.

⁴²⁰ Ai sensi dell'art. 127 T.u.b., «Le Autorità creditizie esercitano i poteri previsti dal presente titolo avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'articolo 5, alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla

suscettibili di deroga esclusivamente nel senso più favorevole al cliente; con l'aggiunta ulteriore che le nullità che il titolo medesimo prevede, possono esser fatte valere esclusivamente dal cliente.⁴²¹ Sicché – come è previsto dall'art. 128 – il Testo Unico Bancario conferisce alla Banca d'Italia il potere di acquisire, documenti, atti e informazioni al fine di verificare che l'istituto creditizio rispetti la disciplina sulla trasparenza, se è il caso comandando altresì ispezioni in loco⁴²².

Un altro elemento che occorre sottolineare sono le disposizioni riguardanti le condizioni contrattuali nonché quelle che riguardano la decorrenza degli interessi e la loro reciprocità.

Occorre infine, per completezza, menzionare l'importante progetto denominato "Patti Chiari", voluto dall'ABI nell'ottobre 2003 e che ha perseguito l'obiettivo di riformulare integralmente, su presupposti nuovi, e angolazioni diverse, i rapporti intrattenuti dalle banche con la clientela, agendo sostanzialmente su tre versanti: in primo luogo, la prospettiva del risparmio con peculiare riferimento alle obbligazioni a basso rischio-rendimento nonché alle obbligazioni bancarie strutturate e subordinate. In secondo luogo, è preso in considerazione il versante del credito, con particolare riferimento alla valutazione della capacità di credito, ai tempi di risposta e al credito alle piccole e medie imprese. Infine, ad essere attenzionato è il versante dei servizi vari, tra cui si ricordano assegni, conti correnti, bancomat, servizi bancari.⁴²³

correttezza dei rapporti con la clientela. A questi fini la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, può dettare anche disposizioni in materia di organizzazione e controlli interni.

2. Ai confidi iscritti nell'elenco previsto dall'articolo 112, le norme del presente titolo si applicano secondo quanto stabilito dal CICR. Le disposizioni del presente titolo sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente. Le informazioni fornite ai sensi del presente titolo sono rese almeno in lingua italiana. Le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice. Le deliberazioni di competenza del CICR previste nel presente titolo sono assunte su proposta della Banca d'Italia, d'intesa con la CONSOB.»

⁴²¹ Sulla particolare conformazione dello statuto delle nuove nullità, si veda S. PAGLIANTINI, *Un giro d'orizzonte sulle nullità del terzo millennio (A tour of the horizon on the nullities of protection of the third millennium)*, in *Persona e Mercato*, 2021, fasc. 1, 31 ss.

⁴²² Ai sensi dell'art. 128 T.u.b., «1. Al fine di verificare il rispetto delle disposizioni del presente titolo, la Banca d'Italia può acquisire informazioni, atti e documenti ed eseguire ispezioni presso le banche, gli istituti di moneta elettronica, gli istituti di pagamento e gli intermediari finanziari. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 114-quinquies.2, commi 6-bis e 6-ter, e 114-undecies, comma 2-bis.

Con riguardo ai soggetti individuati ai sensi dell'articolo 115, comma 2, il CICR indica le autorità competenti a effettuare i controlli previsti dal comma 1 e a irrogare le sanzioni previste dall'articolo 144, commi 1, lettere b), c), d), e) ed e-bis), e 4.»

⁴²³ Il Progetto Patti Chiari è nato nel 2003 a seguito del lavoro, avviato alla fine del 2000 dal Comitato Esecutivo dell'ABI, sul tema del rapporto tra banche e società. La finalità del progetto è quella cambiare radicalmente l'operatività bancaria allo scopo di migliorare concretamente il rapporto tra le banche e la società (imprese, famiglie, dipendenti, ecc.) negli aspetti chiave della fiducia, della correttezza, della trasparenza e dell'efficienza.

Al fine di realizzare questo progetto, è stato siglato sempre nel 2003, dall'ABI, insieme ad alcune associazioni di consumatori, un protocollo d'intesa. Prima tappa in questa direzione è stato il cosiddetto Progetto Faro⁴²⁴, riguardante il servizio bancomat. È seguito poi il tema delle informazioni relative a obbligazioni bancarie strutturate e subordinate nonché i titoli obbligazionari a basso rischio e rendimento. Sempre all'interno di questo protocollo d'intesa sono stati indicati i criteri sulla base dei quali le banche effettuano la valutazione dei loro clienti, specialmente in termini di variabili di valutazione della situazione finanziaria aziendale, finalità del finanziamento, capacità di rimborso, capitale investito, nonché, in generale, le relazioni precedentemente intercorse fra la banca e il cliente.

È previsto altresì che venga redatta una scheda standard con le indicazioni del conto corrente e delle sue caratteristiche, nonché la possibilità che vi sia un conto che metta a disposizione dei non correntisti alcuni servizi bancari basilari.

In ultima analisi, sono state poi introdotte iniziative il cui scopo era quello di rendere preliminarmente noti i tempi di risposta alle richieste di credito da parte delle piccole-medie imprese, nonché i tempi di disponibilità giuridica sul proprio conto delle somme versate con assegni.

⁴²⁴ Si tratta di un servizio gratuito di rilevazione del funzionamento degli sportelli Bancomat fruibile tramite telefono o Internet, che indica sia lo sportello automatico funzionante più vicino sia lo sportello automatico della propria banca più facilmente raggiungibile dalla posizione geografica del cliente. Il servizio consente anche alle banche di monitorare costantemente i propri sportelli Bancomat al fine di garantire un livello più elevato di qualità certificato dal marchio appositamente creato "Patti Chiari".

3. Genesi ed evoluzione del principio del *clare loqui*.

Il problema della configurabilità di un principio generale di *clare loqui* – ed in ciò sta il collegamento con le riflessioni svolte nella seconda sezione del presente elaborato – affonda le sue radici nella lettera dell’art 5. Dir. 93/13/CEE.⁴²⁵ Ed in particolare, configurando l’accessibilità⁴²⁶ alle singole clausole contrattuali il presupposto affinché l’aderente realizzi una scelta pienamente consapevole, con l’ulteriore conseguenza che in difetto di tali connotazioni la clausola non può entrare a fare parte del regolamento negoziale qualora determini un sensibile squilibrio dei diritti ed obblighi nascenti dal contratto.

In particolare – come si è posto in evidenza nel capitolo che precede – a lungo si è discusso circa la configurabilità di un principio generale di trasparenza capace di trovare applicazione anche con riferimento ai contratti b2b, laddove non connotati da una specifica disciplina che imponga tale forma di tutela sostanziale del contraente debole. In definitiva, ci si è chiesti se lo statuto della trasparenza abbia come diretto interlocutore il consumatore, o, assurgendo a principio generale, possa trovare applicazione anche con riferimento ad un contratto concluso tra due professionisti, tra i quali vi sia una posizione di asimmetria informativa.⁴²⁷

Se da un punto di vista strettamente genetico lo statuto della trasparenza bancaria e consumeristica rispondono ad esigenze differenti, è ravvisabile un intento del Legislatore di ricondurre a sistema le suddette discipline con l’obiettivo di individuare un principio generale di trasparenza capace di adattarsi sul piano applicativo alle specificità del singolo

⁴²⁵ Ai sensi dell’art. 5 dir. 93/13/Cee, «Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono essere sempre redatte in modo chiaro e comprensibile. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l’interpretazione più favorevole al consumatore. Questa regola di interpretazione non è applicabile nell’ambito delle procedure previste all’articolo 7, paragrafo 2.»

⁴²⁶ S. PAGLIANTINI, *La trasparenza consumeristica tra "dottrina" della Corte ed equivoci interpretativi (Consumer transparency between the Court's "doctrine" and misinterpretations)*, in *Europa e diritto privato*, 2019, fasc. 3, 651 ss., in cui l’Autore esamina la particolare conformazione del canone di chiarezza e comprensibilità sotto la lente di ingrandimento della Corte di Giustizia dell’Unione europea.

⁴²⁷ A. IULIANI, *La trasparenza consumeristica nell’interpretazione della Corte di giustizia e della dottrina*, Nota a Sent. CGUE sez. VII 5 giugno 2019 (causa C-38/17), in *Il Foro italiano*, 2020, fasc. 1, pt. 4, 45 ss.

caso concreto.⁴²⁸ Infatti, con riferimento allo statuto della trasparenza⁴²⁹ bancaria esso trova i riferimenti normativi all'art. 117 TUB, delineandosi un sistema che ne prevede accuratamente e dettagliatamente le relative sanzioni. Oltre a ciò, un secondo profilo differenziale rispetto al sistema consumeristico è dato dalla netta prevalenza della unilaterale predisposizione delle condizioni contrattuali rispetto alla dimensione più marcatamente informativa. In via di ulteriore esame dei profili differenziali dei due regimi di trasparenza che si vanno esaminando, occorre evidenziare come talvolta il dovere di *clare loqui* in ambito bancario e finanziario si scioglie in un dovere di consulenza al fine di individuare il contratto che meglio si confà alla capacità restitutoria del soggetto cliente, alla luce delle specifiche esigenze dello stesso.

Un primo tentativo di uniformazione dello statuto della chiarezza e delle comprensibilità volto ad enucleare un principio generale di trasparenza⁴³⁰ è da collegare all'avvento della Direttiva 29/2005/CE⁴³¹ che, tra tutte le finalità che si propone di perseguire, certamente ha come obiettivo quello di preservare una scelta consapevole da parte dell'aderente, incidendo sul momento genetico, funzionale ed esecutivo del rapporto contrattuale.

Tale principio ha trovato attuazione in ambito bancario dove ha per interlocutore non il mero contraente consumatore ma più in generale il contraente aderente che si trovi in una posizione di asimmetria informativa.⁴³²

⁴²⁸ V. ROPPO, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di imprese*, Milano, 1975, 183 ss.; l'A. si serve della forza integratrice del precetto generale di buona fede al fine di operare una lettura della disciplina delle condizioni generali di contratto volta a garantire al contraente aderente una tutela di matrice sostanziale.

⁴²⁹ Si contendono il campo due diverse impostazioni sul punto: da un lato, vi è chi ritiene che la regola della trasparenza consumeristica contenuta nell'art. 35 Cod. cons. sia concretizzazione di un precetto fissato aliunde, con la conseguenza che la tutela formale fissata dall'art. 1341 c.c. in tema di condizioni generali di contratto sarebbe insensibile a qualsivoglia forma di condizionamento da parte della disciplina di provenienza consumeristica (v. Sul punto U. MAJELLO, *Problematiche in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *La nuova legge bancaria. Prime riflessioni sul Testo unico in materia bancaria e creditizia*, a cura di Rispoli Farina, Napoli, 1995, 311). Dall'altro lato, non manca chi ha individuato nell'art. 35 Cod. cons. la base legale per una vera e propria pretesa azionabile alla trasparenza delle condizioni contrattuali unilateralmente poste dal contraente professionista, a prescindere dall'inquadramento dell'accordo nei contratti B2B o B2C. In tal senso si veda S. PAGLIANTINI, (*voce*) *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali V, Milano, 2012, 1280 ss.

⁴³⁰ C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole cd. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 20 ss. L'A. configura il canone di chiarezza e comprensibilità quale preconditione affinché la singola clausola dell'accordo sia qualificabile come contrattuale.

⁴³¹ Si tratta della Direttiva emanata dal Parlamento Europeo e dal Consiglio in materia di pratiche commerciali scorrette.

⁴³² E. BRODI, *Dal dovere di far conoscere al dovere di far "comprendere": l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, 246 ss.; in particolare, l'A. riflette sulla differente e più ampia tipologia di interlocutore con riferimento alla regola sulla trasparenza bancaria di cui all'art. 117 T.u.b. ss. In particolare, se da un lato la disciplina del Codice del Consumo ha come interlocutore il solo contraente debole qualificabile come consumatore – salvo accedere all'impostazione volta a configurare un principio

La portata di tale principio ha avuto una forza dirompente nel settore bancario e finanziario in quanto rafforzata dai provvedimenti della Banca d'Italia del 2009 e dai correttivi al Testo Unico bancario in attuazione delle direttive europee, ed in particolare quella sul credito al consumo⁴³³. Ciò era funzionale ad una maggiore protezione del cliente gravato di una forte asimmetria informativa: finalità che si inscriveva nella più ampia tutela del mercato concorrenziale. Quella appena descritta è la cornice sistematica e dogmatica in cui è stata approvata la L. n. 154/1992 poi confluita nel Testo Unico Bancario.

Con riferimento al tale momento genetico delle regole sulla trasparenza in ambito bancario, occorre domandarsi quale fosse il ruolo svolto dal canone generale del *clare loqui*. Esso, almeno inizialmente, non costituì un valore in sé ma rappresentava lo strumento atto a perseguire diverse finalità. Non si trattava dunque della tutela del singolo cliente che venisse in contatto con l'operatore economico-finanziario, bensì di un apparato di obblighi informativi univocamente volto non solo alla formazione di una volontà consapevole da parte del cliente ma anche alla tutela del mercato.

Quanto al contenuto, tali prime regole sulla trasparenza si sostanziano in una moltitudine di obblighi informativi volti al corretto funzionamento della concorrenza.⁴³⁴ L'elemento di novità che interverrà in questo *modus operandi* del Legislatore è dato dall'attenzione non solo alla creazione di obblighi informativi – e dunque all'*an* – ma soprattutto alla qualità ed al *quomodo* relativo alla comunicazione di tali informazioni di carattere tecnico volte ad incrementare il bagaglio conoscitivo dell'aderente in vista di una decisione pienamente consapevole.⁴³⁵ Infatti, l'oggetto di tali informazioni deve essere accessibile e non opaco, e non volto ad indurre in errore il soggetto debole. Per tali ragioni, gli interventi legislativi successivi furono volti a determinare una compenetrazione tra la previsione di nuovi obblighi informativi e le modalità in cui essi devono essere comunicati al cliente, alla luce della considerazione del fatto che non sempre ci si trova

generale di trasparenza –, dall'altro lato, la normativa contenuta nel Testo Unico Bancario si rivolge genericamente

⁴³³ Si tratta della direttiva 2008/48/CEE in materia di credito al consumo.

⁴³⁴ Inizialmente la scarsa attenzione da parte del Legislatore alla materia della trasparenza nell'ambito bancario si giustificava alla luce della costante evoluzione della disciplina: ciò rendeva, alla luce dell'impostazione inizialmente prevalente, impossibile la costruzione di uno statuto statico della trasparenza.

⁴³⁵ Sul tema del progressivo trasmigrare dal dovere di far conoscere al dovere di far comprendere nel contesto della trasparenza bancaria, v. BARTOLOMUCCI P., *Le pratiche commerciali sleali ed il contratto: un'evoluzione del principio della trasparenza*, in AA.VV. a cura di E. Minervini, L. Rossi Carleo, *Le pratiche commerciali sleali*, Milano, 2007, 266.

di fronte ad un consumatore pienamente razionale.⁴³⁶ Come si avrà modo di esplicitare nella sezione concernente le finalità della disciplina sulla trasparenza bancaria, l'originario impianto normativo risultava funzionale a garantire il buon andamento del mercato concorrenziale tramite la previsione di pesanti obblighi informativi gravanti sugli intermediari finanziari che avrebbero dovuto offrire prodotti economici dettagliati ed adeguatamente esplicitati – soprattutto sul piano delle conseguenze delle operazioni economiche – affinché l'aderente maturasse delle decisioni pienamente libere.

Rispetto a questo punto di partenza, la sopravvenienza è rappresentata da una più sensibile attenzione del Legislatore alla qualità dell'oggetto di tali obblighi informativi⁴³⁷: ciò che conta non è solamente la previsione di obblighi informativi ma è anche la modalità con cui tali dati, caratteristiche, informazioni entrano a far parte del bagaglio conoscitivo del cliente. Ne deriva che accanto alla primaria funzione di garanzia della concorrenza nel settore bancario, il principio generale del *clare loqui* risulta funzionale alla tutela del contraente debole che appare limitato dal potere dell'intermediario predisponente il singolo regolamento contrattuale.⁴³⁸

In tal senso il Legislatore ha cercato di perseguire lo scopo⁴³⁹ di garantire l'accessibilità del contenuto degli obblighi informativi e di limitare al massimo le condotte scorrette ed abusive da parte degli intermediari finanziari.⁴⁴⁰

Proprio alla luce delle considerazioni sin qui svolte si può apprezzare la rilevanza delle modifiche legislative intervenute in seno all'art 127 T.u.b. Quanto al profilo relativo

⁴³⁶ Sul punto v. E. BRODI, *op. cit.*, in part. 253;

⁴³⁷ G. DE NOVA, *La semplificazione della normativa di trasparenza bancaria Relazione al Convegno ABI [Associazione Bancaria italiana]*, Roma, 17 ottobre 2019, in *Rivista di diritto bancario*, 2019, fasc. 4, pt. 1, 409 ss.: l'A. mette in evidenza una maggiore sensibilità della disciplina della trasparenza bancaria alla qualità dell'obbligo informativo gravante sull'intermediario finanziario nei confronti del cliente;

⁴³⁸ A. A. DOLMETTA, *Alcune osservazioni sui più recenti "condizionamenti" legislativi delle operazioni bancarie*, in *banca e impresa*, 1994, 78 ss.

⁴³⁹ Tale mutamento di prospettiva ha avuto una sensibile incidenza sul piano della disciplina relativa alla disciplina dello ius variandi ex art. 118 T.u.b. alle quali sono state aggiunte sensibili limitazioni che evidenziano una forma di maggiore attenzione nei confronti del contraente debole.

Nello specifico, il primo comma dell'art. 118 T.u.b. dispone che: «Nei contratti a tempo indeterminato può essere convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo. Negli altri contratti di durata la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato motivo.

⁴⁴⁰ A. MIRONE, *La trasparenza bancaria*, Padova, 2012, 11. In particolare, l'A. evidenzia il moltiplicarsi delle finalità perseguite dal Legislatore nella materia bancaria: non solo, dunque, la tutela del mercato concorrenziale attraverso la creazione e l'implementazione di obblighi informativi, ma anche la centralità della tutela del contraente debole.

al coordinamento tra il canone generale di chiarezza e comprensibilità, da un lato, e le finalità generali di rilevanza di cui all'art. 5 TUB, dall'altro lato, esso sarà oggetto di specifica trattazione nel prosieguo. Ciò che in questa sede preme evidenziare è come la citata disposizione dia rilevanza centrale al principio in esame, alla luce anche dalla pregnante tutela inibitoria prevista dalle disposizioni che seguono.

In ultima analisi, è possibile concludere che il tema della trasparenza trova cittadinanza nel settore dei mercati finanziari con la legge del 1992, confluita poi nel Testo Unico Bancario nel 1993, attuativo della direttiva sul credito al consumo. Il referente normativo che enuclea la disciplina in esame è contenuto nel Titolo VI del d.lgs. 385/1993, tacciato da autorevoli voci in letteratura di presentare un carattere fortemente disorganico. Esso, infatti, funge da raccogliitore delle più disparate disposizioni di cui talune hanno una connotazione immediatamente precettiva mentre altre assurgono a fattispecie ad antecedente logico aperto.

Quanto ai profili più schiettamente sistematici, si è posto in letteratura il problema relativo al coordinamento tra i capi I⁴⁴¹, II⁴⁴² e II bis⁴⁴³ del Titolo VI del T.u.b., dedicato alla «Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti».

Secondo una prima impostazione vi sarebbe una centralità ontologica e sistematica del Capo I, il quale troverebbe applicazione anche con riferimento ai due successivi. A ben vedere, stante le specificità di tali singoli capi – ognuno dei quali si occupa di operazioni finanziarie particolarmente complesse – è opportuno concludere per l'autonomia applicativa dei singoli capi in questione.

Oltre a ciò, è ravvisabile una sorta di *climax* di natura discendente se si considera che è diversa l'entità di obblighi precontrattuali che connotano rispettivamente il contratto di credito al consumatore, i servizi di pagamento ed infine le altre operazioni finanziarie e bancarie.

In particolare, secondo autorevoli voci in dottrina sarebbe enucleabile a partire dalla lettera del primo comma dell'art 124 T.u.b. un principio generale di buona fede e

⁴⁴¹ Il Titolo VI del T.u.b. sulla «Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti» si compone del Capo I, concernente le «Operazioni e servizi bancari e finanziari»: rubrica così sostituita dall'art. 4, comma 1, D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141.

⁴⁴² Il Capo II del Titolo VI T.u.b. concernente il «Credito ai consumatori»: Capo così sostituito dall'art. 1 D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141.

⁴⁴³ Il Capo II bis del Titolo VI T.u.b. concernente «I Servizi di pagamento»: è stato inserito dall'art. 34, comma 1, lettera b), D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 11.

correttezza che assurge a paradigma comportamentale di riferimento delle condotte dell'intermediario finanziario. Per tale ragione, esso è capace di trovare applicazione alle ipotesi non espressamente previste nel capo dedicato al credito al consumo, ma che presentino un carattere omogeneo rispetto ai casi specificatamente individuati e disciplinati, anche alla luce della *ratio* di tale normativa volta a colmare l'asimmetria informativa tra i contraenti.

Al contrario, il comma 5 dell'art 124 T.u.b. contiene una disposizione non suscettibile di interpretazione analogica, non potendo configurare una norma ad antecedente logico aperto una disposizione che si connota per una specificità non standardizzabile: in particolare, più che di obblighi informativi in tale caso si tratta di un'attività di consulenza nei confronti del cliente che solo in quanto tale giustifica l'acquisizione delle condizioni relative allo *status* patrimoniale del cliente ai fini di un vaglio della meritevolezza creditoria.⁴⁴⁴

La generalità applicativa dei principi fino ad ora enucleati si giustifica alla luce della incompletezza della disciplina di parte speciale contenuta nel Codice civile con riferimento ai singoli contratti di diritto bancario. Oltre a ciò, tale statuto della trasparenza bancaria si giustificava in ragione della creazione di un mercato concorrenziale financo nel settore bancario e finanziario e della volontà di arginare gli abusi delle banche.

Il sistema così delineato perse ben presto la sua compattezza iniziale. Senza pretesa di esaustività di sorta, si pensi alla sopravvenienza normativa rappresentata dall'art. 23 T.u.f., il quale ha escluso l'applicabilità dello statuto della trasparenza bancaria alla materia dei servizi di investimento, gettando le basi per la creazione di un autonomo statuto della trasparenza finanziaria.⁴⁴⁵

Quanto al Capo II bis del Titolo VI – che regola i servizi di pagamento – è stato creato un autonomo regime della trasparenza bancaria, come emerge chiaramente dall'art. 115 Tub, stante la specificità della disciplina dello *ius variandi* o della postposizione degli

⁴⁴⁴ Sull'estensibilità di tale disciplina anche ad ipotesi non espressamente normate, si veda M. DE POLI, *La contrattazione bancaria. Tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, cit., 125. In particolare, si veda la lettera dell'art. 124 comma 5 del T.u.b., in forza del quale «(...) Su richiesta, al consumatore, oltre al modulo di cui al comma 2, è fornita gratuitamente copia della bozza del contratto di credito, salvo che il finanziatore o l'intermediario del credito, al momento della richiesta, non intenda procedere alla conclusione del contratto di credito con il consumatore. (...)».

⁴⁴⁵ Oltre a ciò, è proprio in tale contesto che si inserisce l'attuazione della dir. 93/13/CEE prima nel Codice civile e, solo successivamente, trasposta nel Codice del Consumo: ciò generava il rischio di una duplicazione di istituti, tra cui il recesso, con una necessaria attività di coordinamento tra le riferite discipline.

adempimenti informativi alla fase precontrattuale. Rispetto alla disciplina contenuta nel Capo I, essa presenta un maggior grado di dettaglio e di tutela del cliente aderente.⁴⁴⁶

Tale carattere frammentario del regime fino a qui descritto si ripropone anche nella disorganicità della disciplina regolamentare attuativa. In primo luogo, quanto alle operazioni ed ai servizi bancari e finanziari il Testo Unico Bancario rinvia alle delibere del Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio (C.I.C.R.), alcune delle quali contengono delle sub-deleghe alla Banca d'Italia, le cui disposizioni sono raccolte in un specifico provvedimento. In secondo luogo, con riferimento alla materia dei servizi di pagamento, il potere regolamentare spetta esclusivamente alla Banca d'Italia. Infine, con riferimento al credito al consumo il potere regolamentare è esercitato mediante decreto ministeriale e mediante provvedimento della Banca d'Italia.⁴⁴⁷

Oltre a ciò, tale frammentarietà si riflette anche sul grado di derogabilità delle singole componenti di tale tripartizione.

Alla luce, tuttavia, di taluni profili di unitarietà derivanti dalla lettura del Capo I e del Capo III, all'art. 127 comma 4 T.u.b. sono stati elaborati in dottrina tre tecniche di coordinamento della disciplina in esame.⁴⁴⁸

In primo luogo, la disciplina del Capo I non si applica direttamente al credito al consumo ed ai servizi di pagamento, ma solo in via residuale qualora sia riscontrabile una lacuna involontaria mediante lo strumento dell'analogia.⁴⁴⁹

⁴⁴⁶ Tali specificità emergono con chiarezza dalla lettura della disciplina contenuta all'art. 115 T.u.b., il quale dispone che: «1. Le norme del presente titolo si applicano alle attività svolte nel territorio della Repubblica dalle banche e dagli intermediari finanziari. 2. Il Ministro dell'economia e delle finanze può individuare, in considerazione dell'attività svolta, altri soggetti da sottoporre alle norme del presente capo. 3. Le disposizioni del presente capo, a meno che siano espressamente richiamate, non si applicano ai contratti di credito disciplinati dai capi I-bis e II e ai servizi di pagamento disciplinati dal capo II-bis.». Sul punto, v. anche A. SCIARRONE ALIBRANDI, sub art. 126-bis, in Porzio M. (a cura di), *Testo Unico Bancario. Commentario*, Milano, 2010, 1079 ss. Nello specifico, l'A. mette in evidenza la disorganicità della disciplina sulla trasparenza bancaria.

⁴⁴⁷ Autorevoli voci in letteratura evidenziano come anche in una legislazione apparentemente di settore come quella contenuta nel T.u.b. vi sia spazio per la configurabilità di principi generali alla luce delle riferite trasformazioni che hanno sensibilmente riguardato le discipline in esame. Cfr. A. NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla "consulenza" nella erogazione del credito?*, in AA.VV., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Torino, 2011, 29 ss.

⁴⁴⁸ Sulle tecniche di coordinamento delle differenti discipline contenute nel Testo Unico Bancario, si veda A. MIRONE, *La trasparenza bancaria*, cit., 9 ss.

⁴⁴⁹ Sulla lettura dell'art. 12 delle Preleggi alla stregua di un modello matematico, v. L. VIOLA, *Interpretazione della legge con modelli matematici*, *Diritto Avanzato*, Milano, 2021.

In secondo luogo, il carattere speciale dei due settori individuati non preclude l'applicabilità di principi generali del diritto dei contratti bancari.⁴⁵⁰

Infine, con riferimento ai limiti soggettivi della disciplina in esame, mentre alcune disposizioni del Capo I trovano applicazione con riferimento a tutti i potenziali clienti, altre disposizioni – tra cui quelle incidenti nella materia pubblicitaria – si applicano solo con riferimento alle operazioni bancarie in *incertam personam* che hanno come interlocutori la generalità dei clienti.⁴⁵¹

Quanto ai limiti oggettivi, le disposizioni regolamentari in tema di pubblicità si applicano solamente ai contratti menzionati nell'elenco tassonomico contenuto nelle delibere del CICR. A contrario, si riespandono le altre disposizioni del Capo I ai c.d. contratti esenti dalle disposizioni regolamentari pubblicitarie.

⁴⁵⁰ Per un approfondimento sull'impostazione che individua anche nella disciplina della contrattazione bancaria la possibilità di individuare principi applicabili a tutti i tipi contrattuali, v. G. MUCCIARONE, *La liceità delle "spese secondarie" nelle operazioni bancarie: l'impatto della direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento*, in Banca borsa tit. cred., 2010, 62 ss.

⁴⁵¹ M. DE POLI, *Il "contratto bancario" tra tutela della liquidità e trasparenza*, in riv. Dir. Civ., 2004, 291 ss., sostiene che la disciplina esaminata si applichi ai contratti standardizzati che si rivolgono a tutti i potenziali clienti, e non con riferimento a quella particolare tipologia di accordi che siano stati oggetto di una trattativa individuale.

4. La nozione di trasparenza nel settore del diritto bancario.

Ciò premesso, lo svolgimento dell'analisi sulla fisionomia del canone trasparenza nel diritto bancario – giova già anticiparlo – ha suscitato l'interesse alla verifica di plurimi argomenti che portino l'interprete a considerare tale canone come principio generale e strumento ermeneutico in grado di trovare applicazione con riferimento a qualsivoglia assetto di interessi che si connoti per la predisposizione unilaterale del relativo contenuto, a prescindere dalla qualificazione giuridica dell'aderente in termini di consumatore o di professionista.

Tale riflessione prende le mosse dalla natura polifunzionale⁴⁵² del canone della trasparenza, talvolta utilizzata in diversi settori della legislazione in plurime accezioni maturate in letteratura e trasposte nel dato normativo⁴⁵³.

Senza pretesa di esaustività sul punto, giova mettere in evidenza come il canone della trasparenza assuma specifiche connotazioni a seconda del settore di disciplina cui si faccia riferimento.⁴⁵⁴ Si consideri come nell'*incipit* del Codice del consumo, il legislatore nazionale – in attuazione della direttiva comunitaria 93/13/CEE in tema di clausole vessatorie – abbia *expressis verbis* qualificato quale diritto fondamentale del consumatore il canone della trasparenza⁴⁵⁵: alla luce degli argomenti sopra svolti occorre precisare che appare più coerente con il dato sistematico e con il dato giurisprudenziale una lettura volta a porre in evidenza il diritto dell'aderente al rispetto del canone di chiarezza e

⁴⁵² Sul carattere proteiforme del concetto di trasparenza, v. G. ALPA, *Quando il segno diventa comando: la "trasparenza" dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 2, 465 ss.;

⁴⁵³ A. LUPOI, *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento*, in *Contratti e impresa*, 2007, 1252.

⁴⁵⁴ Si pensi all'art. 35 Cod. Cons., all'art. 117 T.u.b., agli artt. 121 ss. T.u.b. in materia di credito al consumo, agli artt. 126 bis ss. T.u.b. con riferimento ai contratti quadro per i servizi di pagamento, all'art. 21 del T.u.f.

⁴⁵⁵ Ai sensi dell'art. 2 c. 2 del Codice del Consumo: «2. Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti:

a) alla tutela della salute;

b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi;

c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità;

c-bis) all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà;

d) all'educazione al consumo;

e) alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali;

f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti;

g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza.» Dalla qualificazione del canone generale della trasparenza come diritto fondamentale, ne deriva esso opera come controlimito non solo in base al diritto sovranazionale di matrice convenzionale, ma anche con riguardo a quello di derivazione eurounitaria.

comprensibilità a prescindere dalla qualificazione dello stesso in termini di consumatore. Ciò che preme in tale sede evidenziare riguarda non tanto la centralità del profilo soggettivo, quanto l'esigenza di fissare un nucleo essenziale di tutela volta a garantire il ridimensionamento di squilibri informativi che siano in grado di incidere in modo sensibile sul contenuto del contratto.

Inoltre, tale esigenza di chiarezza, accessibilità e comprensibilità – come doverosamente messo in luce nella seconda sezione dell'elaborato – emerge dalla regola ermeneutica contenuta nella disposizione di cui all'art 35 Codice del Consumo⁴⁵⁶ ed attuativa della disposizione contenuta all'art.5 della Direttiva 93/13/CEE. Si tratta, dunque, di una disposizione centrale della disciplina di derivazione comunitaria che sembra ragionevolmente potersi assoggettare all'operatività dell'*analogia iuris*: più nello specifico, l'obiettivo che tale elaborato si pone è quello di verificare ed accertare gli strumenti ermeneutici che consentano all'interprete di consentire l'operatività del principio di auto-integrazione dell'ordinamento giuridico mediante l'individuazione di una *ratio* della disciplina in questione che si auto elevi a principio generale capace di trovare applicazione con riferimento a classi di fattispecie omogenee. Uno dei campi applicativi di tale operazione ermeneutica – alla luce delle riflessioni finora svolte – è rappresentato proprio dal canone della trasparenza. In particolare, tale esigenza del *clare loqui* e dell'"accessibility"⁴⁵⁷ appare orientata ad una tutela piena ed effettiva del consumatore e più in generale del contraente debole, affinché egli possa consapevolmente aderire al contratto imposto dal professionista: si tratta, dunque, di uno strumento che consente sia al consumatore sia all'interprete un controllo sul contenuto sostanziale del contratto. Ciò premesso, si ritiene che vi sia *l'eadem ratio* che consenta l'estensione dell'operatività del principio in questione anche con riferimento al contratto imposto intercorrente tra professionisti⁴⁵⁸. Infatti, come si è cercato di mettere in luce nei paragrafi che precedono, il contraente debole non è solo il consumatore ma talvolta è anche il

⁴⁵⁶ Quanto all'art. 35 Cod. cons., «Forma e interpretazione»: «1. Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile. 2. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore. 3. La disposizione di cui al comma 2 non si applica nei casi di cui all'articolo 37».

⁴⁵⁷ S. BENUCCI, sub art. 2, in Vettori G. (a cura di), *Commentario Codice del Consumo*, Padova, 2007, 32 ss., in part. 32 ss. L'A. approfondisce la diversa area di intervento dell'obbligo di informazione e dell'obbligo di trasparenza.

⁴⁵⁸ Per un'estensione della tutela sostanziale del Codice del Consumo alla disciplina formale delle condizioni generali di contratto ex art. 1341 e 1342 c.c. si veda la pronuncia di merito, Trib. Ravenna, 22 febbraio 2012, in *Contratti*, 2012, 4, 283.

professionista o l'imprenditore che si trovi gravato da una condizione di asimmetria informativa rispetto al contraente predisponente.

Ciò posto con riferimento alla struttura della disciplina contenuta nel Codice del consumo⁴⁵⁹, il canone della trasparenza contrattuale assume nel settore bancario una centrale rilevanza con riferimento alla forma di determinati tipi contrattuali. Nello specifico, tenuto conto che la forma è per definizione lo strumento volto alla dichiarazione della volontà, il Legislatore per alcuni tipi contrattuali che possano far derivare ingenti sacrifici economici in capo al contraente aderente, ha fissato taluni precetti concernenti il vincolo di forma quale veicolo di trasparenza ed accessibilità rispetto al contenuto dell'accordo negoziale in vista di una maggiore consapevolezza del destinatario nell'atto di adesione ad un contratto standard di diritto bancario.⁴⁶⁰

Già nell'impostazione di tale nodo tematico emerge la connotazione principale del canone che si va esaminando, ovverosia la sua polifunzionalità e poliedricità.⁴⁶¹ In particolare, giova prendere le mosse da una dicotomia che in letteratura ha trovato una certa fortuna. Autorevoli voci in letteratura hanno vagliato l'esistenza di plurime accezioni del concetto di trasparenza, configurandone plurime varianti soprattutto sul piano dell'oggetto. Da un lato, il canone del *clare loqui* può concernere il contenuto in sé dell'accordo, con riferimento al particolare assetto di interessi cui le parti hanno dato vita nell'esercizio della propria autonomia negoziale. Tale nozione di trasparenza presuppone l'esistenza del contratto e concerne specificatamente la definizione dei rapporti tra le parti del rapporto negoziale.

Per contro, il canone di accessibilità e chiarezza, oltre ad un'accezione strettamente contrattuale, può financo trovare un valido spazio applicativo con riferimento alla fase precontrattuale delle trattative dove assume sempre più rilievo centrale l'assetto informativo prospettato dal contraente predisponente al potenziale aderente.

⁴⁵⁹ Per un'analisi attenta e specifica sull'esigenza di tutela sostanziale del contraente debole, si v. B. SIRGIOVANNI, *Interpretazione del contratto non negoziato con il consumatore*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 3, 718 ss., 734ss.

⁴⁶⁰ A. NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla consulenza?* in *Diritto della banca e dei mercati finanziari*, 2013, 17 che definisce la funzione di riequilibrio tra le parti come "trasparenza in senso stretto". L'A. evidenzia le specificità del carattere della trasparenza in ambito bancario mettendo in luce gli aspetti peculiari di tale principio generale.

⁴⁶¹ Sulla struttura proteiforme del canone generale della trasparenza contrattuale si veda: V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 1995, 26. E. QUADRI, *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in *Nuova Giurisprudenza Civile e Commerciale*, 2011, 90.

Tale distinzione – tra la trasparenza del contratto e la trasparenza nel contrattare – consente già di cogliere la diversità di prospettiva e l’orizzonte sino al quale può spingersi l’interprete nel percorrere l’una o l’altra strada interpretativa. Nello specifico, il rischio appare quello di poter sconfinare nella sovrapposizione della nozione di trasparenza in senso lato con quella di equità e giustizia del regolamento contrattuale, generando in ultima analisi una regola di validità del contratto sindacabile nel merito dall’operatore del diritto⁴⁶².

Ciò premesso, la nozione di trasparenza sin qui descritta si arricchisce e si nutre di nuovi elementi alla luce dei rilevanti contributi che in tal senso affiorano dal continuo ed incessante rapporto di comunicazione dell’ordinamento interno con il diritto sovranazionale.⁴⁶³ In questo senso, assume centrale rilevanza la *ratio* stessa delle discipline che hanno come principale interlocutore il contraente consumatore che si colloca in una posizione di asimmetria informativa: come sopra riportato con riferimento alle disposizioni contenute nella direttiva 93/13/CE, non vi è dubbio che essa si prefigga la tutela informativa ed economica del contraente debole. Tuttavia, in una prospettiva assiologica che tenga conto dei valori in gioco, appare più congruo in una prospettiva euro unitaria affermare anche la centralità della tutela del mercato unico europeo. Tale interesse finisce con il rivestire assoluta centralità nella materia che si va esaminando, anche tenuto conto del referente normativo contenuto nella Carta di Nizza del 2000.⁴⁶⁴ In particolare, l’interesse ad un qualificato livello di protezione del consumatore appare bilanciarsi con l’interesse ad un buon andamento del mercato concorrenziale. Alla luce di tale rilievo, la trasparenza appare uno strumento utile al controllo non solo dell’assetto di interessi e di informazioni che connota la singola operazione contrattuale ma anche – in una logica di insieme – al corretto funzionamento del mercato finanziario. In tale prospettiva, si evidenzia un nesso di comunicabilità tra la trasparenza contrattuale intesa come non opacità delle relazioni contrattuali e degli assetti di interessi da esse scaturenti,

⁴⁶² La buona fede, combinata con il criterio dell’equità, si spinge fino alla realizzazione di una quarta funzione essenziale: esse non assurge solo a parametro di valutazione del comportamento delle parti di un rapporto contrattuale, a fonte di obblighi di protezione integrativi di obblighi prestazionali, a fonte diretta di prestazioni senza obbligazioni, ma anche a criterio di validità dell’intera operazione contrattuale. Sul punto si veda CHINÉ G., FRATINI M., A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, VII edizione, Nel Diritto Editore, 2016, 753.

⁴⁶³ In questa prospettiva, il canone generale della trasparenza non si iscrive in una logica di derivazione solidaristica in qualche misura riconducibile al principio solidaristico di cui all’art. 2 Cost., bensì si rifà ad un programma economico volto a valorizzare l’efficienza del mercato.

⁴⁶⁴ In tal senso deve essere letto l’art. 38 della Carta dei Diritti Fondamentali di Nizza del 2000, secondo cui «Nelle politiche dell’Unione È garantito un livello elevato di protezione dei consumatori.»

e la più generale accessibilità all'evolversi delle scelte di mercato da parte dei contraenti deboli e da parte di tutti gli operatori del settore.⁴⁶⁵

L'ambito in cui la nozione acquista rilevanza ai fini della presente trattazione è quello delle relazioni negoziali tra banche e clienti, le quali da sempre presentano profili di particolarità che ne hanno fatto oggetto di una trattazione specifica.⁴⁶⁶

In primo luogo, assume rilevanza l'imprenditorialità dell'attività bancaria, cui si riconnettono le esigenze della "produzione" che già a livello generale alterano le regole della contrattazione – tra cui, come sopra ricordato, la predisposizione unilaterale dei contratti e la standardizzazione delle offerte – e la atipicità stessa dell'attività bancaria per la commistione d'interessi pubblici e privati.

In secondo luogo, occorre considerare la natura dei prodotti bancari, contraddistinti da un'intrinseca complessità e scarsa comprensibilità che li rende opachi agli occhi della clientela; si tratta, infatti, di contratti rispetto ai quali la possibilità di coglierne il contenuto non è paragonabile a quella di quei prodotti che hanno una percettibilità nell'esperienza empirica comune⁴⁶⁷.

In tutti i contratti civilistici vi è sempre un bene o un servizio come realtà oggettiva esistente in sé, prima e fuori del contratto; nei contratti bancari, invece, il riferimento a un dato della realtà oggettiva può esserci, ma quanto più il profilo finanziario è evoluto, tanto più è ridotto a un termine di riferimento, alla variazione del quale il contratto ancora variazioni di flussi di denaro tra le parti. Tali contratti, inoltre, per lo più, si traducono nello scambio di un bene presente con un bene futuro – generalmente denaro, verso la promessa di restituzione – senza che il soggetto che trasferisce il bene presente si veda

⁴⁶⁵ Sul punto si veda Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207, secondo le quali mettono bene in evidenza – alla luce della giurisprudenza sopra citata della Corte Di Giustizia dell'Unione europea – come sia illecito ogni comportamento di mercato che comprime la concorrenza limitando la libertà di autodeterminazione nell'esercizio del potere contrattuale. In tal senso, con riferimento all'esplicito richiamo alle c.d. clausolas *suélo*, si v. ALFARO A. GUILA-REAL J., *El control de adecuación entre precio y prestación en el ámbito de las cláusulas predispuestas*, nel *I Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil. Universidad Pompeu Fabra*, Barcellona, 2008, 10 s. In tale occasione l'A. evidenzia da un lato l'esigenza di una piena accessibilità da parte del contraente debole al contenuto economico del contratto, e, dall'altro lato una predisposizione di un meccanismo di tutela che sia volto alla tutela del mercato concorrenziale, in una logica di virtuosa cooperazione tra i due obiettivi richiamati.

⁴⁶⁶ MINERVINI G., *Il controllo del mercato finanziario. L'alluvione delle leggi*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 16 ss. In particolare, l'A. mette bene in evidenza come sia proprio il settore della contrattazione bancaria ad evidenziare tali profili di commistione tra le duplici finalità della regola della trasparenza. In ultima analisi, in tale materia si obiettivizza una regola della trasparenza volta non solo alla tutela del cliente ma anche al corretto funzionamento di un mercato concorrenziale efficiente.

⁴⁶⁷ A. ZOPPINI, *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, 27, che da' prevalenza all'obiettivo generale di tutela dell'integrità del mercato, evidenziando l'alto profilo di tecnicismo che connota la disciplina della circolazione dei prodotti finanziari e la necessità di un pregnante statuto della trasparenza in tale settore.

attribuito un potere di gestione sul soggetto che si obbliga alla prestazione futura, per cui è più forte l'esigenza di trasparenza.

I contratti in parola poi sono prevalentemente atipici⁴⁶⁸ e la loro disciplina, in costante evoluzione, è in prevalenza estranea al Codice Civile. La base comune degli stessi è costituita, come anticipato, dai moduli e formulari predisposti dalle banche con un tecnicismo che li rende di scarsa comprensibilità per la clientela.

A ciò si aggiunga che le informazioni sono ripartite nei mercati in maniera asimmetrica tra gli operatori e i costi delle stesse e le possibilità di accedervi comportano uno squilibrio di potere negoziale in favore dei soggetti professionali.⁴⁶⁹ Tale disparità tra le parti contrattuali è un tratto caratterizzante il ramo del diritto oggetto di esame, di cui occorre tener conto nel valutare la tensione tra contratto e legge che si ripropone nelle diverse fasi del rapporto contrattuale.

Le stesse finalità perseguite all'interno di questo settore creano un nesso imprescindibile con lo svolgimento di rapporti contrattuali che siano quanto più possibile corretti e trasparenti.⁴⁷⁰

Se calata nel contesto del diritto bancario, la trasparenza pare operare lungo almeno due direttrici: in primo luogo, essa consente al cliente una maggiore responsabilizzazione che gli consenta di cogliere le conseguenze economiche delle singole operazioni e degli investimenti.⁴⁷¹ Oltre a ciò, una maggiore trasparenza nel senso che si va delineando

⁴⁶⁸ Le posizioni avanzate sul significato della clausola di meritevolezza di cui all'art. 1322 c. 2 c.c. possono essere raggruppate in tre macrocategorie. Da un lato vi sono coloro che negano apertamente l'autonomia concettuale della clausola, riconducendola ad altri elementi presenti nel sistema. Dall'altro vi è chi, tentando di individuarne un significato autonomo, è stato comunque accusato di proporre soluzioni interpretative che finiscono per determinare una sovrapposizione tra meritevolezza e altre categorie. Una terza posizione accomuna, infine, coloro che finiscono per attribuire alla meritevolezza un significato autenticamente autonomo. Si pensi, emblematicamente, alle recenti pronunce della Suprema Corte riconducibili alla saga delle clausole "claim's made" nei contratti assicurativi: da Cass., sez. un., 6 maggio 2016, n. 9140, alle sentenze "gemelle" 28 aprile 2017, n. 10506, e 28 aprile 2017, n. 10509, sino a Cass., sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437.

⁴⁶⁹ Per alcune riflessioni sulla trasparenza come strumento correttivo dell'asimmetria informativa che grava sul contraente debole, si veda MORELATO E., *Nuovi requisiti di forma nel contratto: trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006, 164.

⁴⁷⁰ Nella sua accezione originaria, la trasparenza si presenta come un sistema di disciplina del rapporto tra banca e cliente "derogatorio" rispetto alla disciplina generale del Codice civile, seppur recante punti di contatto con altri fenomeni già conosciuti quali le condizioni generali di contratto (artt. 1341 e 1342 c.c.) e la nuova disciplina dei contratti con il consumatore e delle clausole abusive.

⁴⁷¹ Ciò anche alla luce dell'argomento letterale di cui all'art. 117 bis c. 4, il quale dispone che: « Il CICR adotta disposizioni applicative del presente articolo, ivi compresa quelle in materia di trasparenza e comparabilità, e può prevedere che esso si applichi ad altri contratti per i quali si pongano analoghe esigenze di tutela del cliente; il CICR prevede i casi in cui, in relazione all'entità e alla durata dello sconfinamento, non sia dovuta la commissione di istruttoria veloce di cui al comma 2»;

consente al singolo cliente di affidarsi al miglior operatore economico mediante una comparazione delle offerte di investimento.⁴⁷²

Ai sensi dell'art. 127 TUB, il *modus operandi* degli operatori finanziari deve essere informato ai principi di trasparenza e di correttezza,⁴⁷³ e ciò impone di individuare i differenti campi di indagine afferenti ai due canoni menzionati. In particolare, se da un lato il dovere di *clare loqui* è funzionale al raggiungimento di un elevato livello di consapevolezza delle scelte da parte del contraente debole, dall'altro lato, il canone di correttezza ammantava l'esecuzione del rapporto affinché vi sia un'effettiva realizzazione del programma negoziale cristallizzato nel documento contrattuale.

5. Le finalità della disciplina della trasparenza nel settore della contrattazione bancaria.

La trasparenza è stata introdotta nel nostro ordinamento non come un fine astrattamente inteso, ma come un mezzo necessario al conseguimento ed alla realizzazione di interessi che il Legislatore ha ritenuto meritevoli di una tutela preminente alla luce delle esigenze del mercato.

Alla base di ciò si colloca una scelta politico assiologica tra scelte che non sono tra loro incompatibili, bensì che sono destinate a completarsi secondo una logica di

⁴⁷² CARATELLI M., *La trasparenza tra banche e clienti*, Milano, 2006, 19; DE POLI M. *La contrattazione bancaria. Tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, Milano, 2012, 132 ss. In particolare, L'A. sottolinea come la trasparenza contrattuale nel settore bancario sia teleologicamente orientata ad una efficiente allocazione dei prodotti finanziari in ragione della possibilità per il cliente di porre in essere una decisione pienamente matura e consapevole delle conseguenze economiche e dei rischi legati alla singola operazione contrattuale od al singolo investimento. Sul punto cfr. Morera U., Brescia Morra C., *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, cit., 330; in particolare, con riferimento alla finalità della regola della trasparenza, gli AA. fanno espresso rinvio alla delibera del CICR 4 marzo 2003.

⁴⁷³ Ai sensi dell'art. 127 c.1 T.u.b., «Le Autorità creditizie esercitano i poteri previsti dal presente titolo avendo riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'articolo 5, alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela. A questi fini la Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del CICR, può dettare anche disposizioni in materia di organizzazione e controlli interni.»

contemperamento e bilanciamento degli interessi in gioco in base ai quali occorre tenere in considerazione da un lato la corretta allocazione delle risorse finanziarie nel mercato e dall'altro lato l'esigenza di una tutela rafforzata del contraente aderente.

L'esigenza di tutela del mercato concorrenziale è quella che ha maggiormente connotato la fase genetica⁴⁷⁴ della disciplina che si va esaminando, al fine di garantire il perfetto funzionamento del mercato concorrenziale.

In particolare, la finalità che connotava in origine la disciplina sulla trasparenza della contrattazione bancaria era quella di creare in capo alla banca l'obbligo di predisporre condizioni generali di contratto che fossero conoscibili – in senso soggettivo, e non meramente formale – dal cliente, oltre che adeguatamente riportate all'interno di un documento contrattuale chiaro e completo.

A riprova di quanto si è detto, la genesi della disciplina in tema di trasparenza contrattuale non conosce la presenza di precetti volti a porre un argine di natura economica e contenutistica al potere delle banche di fissare unilateralmente il contenuto dell'offerta contrattuale sia riguardo alla struttura della singola clausola economica sia con riferimento al modo in cui essa può entrare in relazione con il contenuto del contratto.⁴⁷⁵

In primo luogo, dunque, le regole sulla trasparenza che vanno esaminandosi sono funzionali a garantire il corretto funzionamento del mercato, il quale funge da presupposto per il pieno sviluppo sociale. In tale contesto, il corretto funzionamento del mercato⁴⁷⁶ si nutre degli obblighi informativi in quanto potendo il cliente porre in essere delle scelte libere e consapevoli, egli matura un sentimento di affidamento sul corretto funzionamento del mercato finanziario. In particolare, l'operatività delle regole sulla trasparenza nel settore bancario si possono apprezzare in tutta la loro dirompenza con riferimento a situazioni di asimmetria informativa.⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ Tale indagine prende le mosse dall'attuazione delle direttive comunitarie, con specifico riferimento alla dir. 1977/780/CEE ed alla dir. 1989/646/CEE in materia creditizia, come attuate nell'ordinamento interno.

⁴⁷⁵ Per un'esauriente indagine sulle finalità della disciplina della trasparenza nei rapporti bancari, si vedano CARATELLI M., *La trasparenza tra banche e clienti*, Milano, 2006, 19; MORERA U. e BRESCIA MORRA C., *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006; E. BRODI, *Dal dovere di far conoscere al dovere di far "comprendere": l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori*, in Banca, borsa, tit. cred., 2011, I, 248.

⁴⁷⁶ E. GUERINONI, *I contratti del consumatore. Principi e regole*, Torino, 2011, 258: «La "trasparenza", più nello specifico, viene individuata come una delle caratteristiche tipiche di un mercato efficiente, perché è logico che la concorrenza possa svolgersi efficacemente e correttamente soltanto ove gli operatori possano attuare le proprie scelte economiche in base alla conoscenza di dati oggettivi e comparabili e non di sole suggestioni pubblicitarie o, ancor peggio, di uno spettro quasi inesistente di informazioni».

⁴⁷⁷ Sul punto v. A. MIRONE, *La trasparenza bancaria*, Padova, 2012, 10 ss.

Infatti, i contratti che popolano i settori dei mercati finanziari si connotano per la presenza di forti asimmetrie tra la parti del rapporto, che appare fortemente sbilanciato – quantomeno dal punto di vista informativo – a vantaggio dell’intermediario finanziario predisponente. Tali riflessioni consentono di cogliere al meglio quali siano i motivi ispiratori della nascita di tali regole sulla trasparenza. Nello specifico, le particolari posizioni di asimmetria informativa e l’impossibilità per il cliente aderente di valutare la convenienza dell’offerta dei prodotti finanziari oltre alle conseguenze economiche delle operazioni programmate, hanno dato la stura all’evoluzione dei canoni della trasparenza nel settore finanziario. Alla luce di tali considerazioni è possibile cogliere appieno la struttura proteiforme del canone generale di *clare loqui* che connota tale settore della contrattazione bancaria.

In primo luogo, tali regole sono funzionali a garantire la concorrenza di tale forma di mercato finanziario.⁴⁷⁸

In secondo luogo, esse mirano a colmare il dislivello informativo⁴⁷⁹ che connota le parti del regolamento negoziale. A questo punto, si contendono il primato due impostazioni di carattere dogmatico. Da un lato vi è chi condivide l’impostazione che si fonda sull’esistenza di un interesse a veder colmata la singola posizione di asimmetria informativa del singolo contraente, inscrivendo tale esigenza in una più ampia logica di tutela del mercato mediante l’eliminazione dei suoi fallimenti che ne alterano la concorrenza.⁴⁸⁰ Dall’altro lato, non sono mancate autorevoli voci che hanno messo in evidenza come l’esigenza di colmare le asimmetrie informative concernenti il cliente che si trova in posizione di intrinseca debolezza, e tale esigenza costituisce un valore in sé sganciato dai fallimenti del mercato ed ispirato al canone di solidarietà con una fortissima compressione dell’autonomia negoziale. Il lento passaggio dalla prima alla seconda

⁴⁷⁸ Lo stesso riferimento da parte della lettera dell’art. 127 T.u.b. all. art. 5 T.u.b. va inteso nel senso che tale disciplina, almeno con riferimento al suo momento genetico deve considerarsi funzionale alla sana e prudente gestione del soggetto vigilato, ed in particolare alla stabilità ed efficienza del mercato concorrenziale. Si veda in questo senso la delibera del CICR del 4 marzo del 2003. In tal senso, DE POLI M., *La contrattazione bancaria. Tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, Milano, 2012, in part, 132 ss.

In tal senso depone anche l’argomento letterale fondato sugli artt. 120 bis, 120 ter, 120 quater T.u.b.

⁴⁷⁹ Quanto al problema dei costi relativi al soddisfacimento degli obblighi informativi, si veda E. GUERINONI, *op. ult. cit.*, il quale osserva che il cliente, al fine di meglio comprendere il contenuto economico della clausola ed il significato dell’intera operazione economica, pone in essere una scelta che tiene conto degli oneri di accesso al dato informativo ma anche dei benefici che si possano trarre da una piena accessibilità al contenuto economico del contratto.

⁴⁸⁰ In tal senso, v. MIRONE A., *La trasparenza bancaria*, cit., 11.

impostazione è stato scandito con l'avvento del Trattato sull'Unione Europea. Ciò che preme sottolineare è che, quale che sia la finalità sottesa alle regole che vanno esaminandosi, il punto d'arrivo è dato dalla forza di tale statuto della trasparenza contrattuale di creare le condizioni per la maturazione di una volontà contrattuale seria, effettiva e ponderata. In ultima analisi la funzione delle regole sulla trasparenza non è quella di plasmare dall'interno le prestazioni che connotano una certa relazione contrattuale, quanto piuttosto fissare *ex ante* le regole del giuoco.

Nei mercati concorrenziali – diversamente che da quelli oligopolistici e monopolistici – il Legislatore si è servito delle regole sulla trasparenza non solo come strumento volto a garantire l'accessibilità al contenuto del regolamento negoziale ma anche allo scopo di garantire l'equità del sinallagma, trasformando tali canoni da regole sul comportamento a regole sull'atto⁴⁸¹. Oltre a ciò, da tali considerazioni emerge anche la complementarità rispetto alle regole sul giudizio di vessatorietà delle clausole contrattuali abusive.⁴⁸² Infatti, se da un lato per effetto del giudizio di vessatorietà vengono espunte dal regolamento contrattuale le clausole squilibranti e particolarmente onerose, dall'altro lato ciò non consente di elidere completamente gli spazi dell'autonomia negoziale che in seconda battuta può determinare la riviviscenza di un assetto di interessi sfavorevole per il contraente debole. Per tali ragioni assumono una centrale importanza le regole sulla trasparenza contrattuale nel settore bancario.⁴⁸³

La ricostruzione delle finalità e della *ratio* delle regole sulla trasparenza consente di cogliere l'intima connessione che intreccia la prospettiva economica con quella giuridica: solo laddove il Legislatore consideri il mercato concorrenziale un valore in sé, ciò giustifica l'operatività di stringenti regole sulla trasparenza. Se da un lato la Legge Bancaria del 1936 non considera tale tipologia di mercato come un valore da tutelare, di diversa ispirazione è il Testo Unico Bancario del 1993, il quale dedica per questa ragione diverse disposizioni al contrasto dell'opacità delle condizioni contrattuali. In altre parole,

⁴⁸¹ A. TIDU, *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari (voce)*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, 1 ss.; V. FARINA, *Brevi riflessioni sulla nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Contr. e impr.*, 2004, 843.

⁴⁸² In tal senso GUERINONI E., *op. ult. cit.*, 262 ravvisa un nesso di continuità tra la disciplina delle condizioni generali di contratto ed il problema della trasparenza delle condizioni contrattuali: se il canone di trasparenza assurgesse a principio generale – come si ritiene alla luce della presente trattazione – essa consentirebbe di individuare un obbligo di far conoscere e far comprendere che giustifica la trasformazione di una regola comportamentale in una regola di validità sulla singola clausola.

⁴⁸³ P. CARRIERE, M. BASCELLI, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: le nuove regole della Banca d'Italia*, in *Contratti*, 2009, 619 ss.

considerata la centrale importanza del mercato concorrenziale il Legislatore del 1993 ha creato un sistema di regole volte alla tutela della piena autodeterminazione del contraente debole affinché Egli abbia pieno accesso al contenuto del contratto.

Con riferimento alla nuova disposizione⁴⁸⁴ contenuta nell'art. 127 T.u.b., in primo luogo viene enucleata una forma di trasparenza di natura pubblicistica e teologicamente orientata ai tradizionali obiettivi di vigilanza e controllo⁴⁸⁵. Il corrispondente apparato rimediabile consente l'attivazione e l'esperimento della tutela inibitoria. Oltre a ciò, tale nuova formulazione della succitata disposizione consente di separare lo statuto pubblicistico della trasparenza bancaria che vede il suo referente normativo all'art. 5 T.u.b e lo statuto privatistico che fa assurgere a valore autonomo la non opacità delle condizioni contrattuali. Dalla sistematica adoperata dal Legislatore si può dedurre la reciproca autonomia tra il valore del mercato concorrenziale e il canone generale del *clare loqui*.⁴⁸⁶

Ciò premesso⁴⁸⁷, occorre infine effettuare alcune precisazioni con riferimento alla qualificazione di contraente debole. Più nello specifico occorre distinguere tra la debolezza socio-economica, che caratterizza strutturalmente un soggetto o una classe di soggetti, e la debolezza contrattuale, soprattutto sotto il profilo dell'asimmetria informativa, in cui può trovarsi qualsiasi soggetto relativamente a certi atti e rispetto a determinate controparti, a prescindere dal proprio status socio-economico, per cui anche il professionista può essere destinatario di tali regole sulla trasparenza in ambito bancario e finanziario. Il Legislatore – facendo ancora una volta una scelta di campo –

⁴⁸⁴ Quanto al rapporto di sinallagmaticità intercorrente tra il canone della trasparenza e la considerazione o meno della concorrenza nel settore bancario come valore da tutelare e preservare, v. R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012. Cfr. G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore ed autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, I, 19; S. MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. e impr.*, 1994, 45.

⁴⁸⁵ A. ZOPPINI, *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, 27, il quale nella logica di bilanciamento tra i due valori in gioco, predilige la strada della prevalenza della tutela del mercato concorrenziale.

⁴⁸⁶ Segnatamente, secondo l'impostazione preferibile proprio nel contesto bancario la sistematica scelta dal Legislatore fa propendere per la conclusione secondo cui la non vi è una netta sovrapposizione tra il canone di chiarezza e comprensibilità e la tutela dell'efficienza del mercato. La lettera delle disposizioni in esame, mettendo in luce la funzione servente della trasparenza rispetto alla finalità di vigilanza e limitando l'applicazione di tali precetti alla sola disciplina del Titolo VI del T.u.b porta a concludere che la trasparenza possa costituire un valore in sé.

⁴⁸⁷ Ex multis, E. MINERVINI, *La trasparenza contrattuale*, in *Contratti*, 2011, 977; A. NIGRO, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla "consulenza" nell'erogazione del credito? in Atti del Convegno "Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?"* (San Miniato, 22-23 ottobre 2010), Torino, 2010: gli AA. mettono in luce che dal rapporto sistematico esaminato che lega gli artt. 5 e 27 T.u.b. emerge un chiaro intento dissociativo tra l'esigenza di tutela del mercato concorrenziale e la protezione del contraente aderente;

all'interventismo *ex post* sul contenuto negoziale volto a riequilibrare il contenuto del regolamento negoziale, Egli ha preferito evitare già nella fase delle trattative precontrattuali il formarsi di una volontà adesiva alle condizioni contrattuali non piena e consapevole. Giova quindi ribadire che il destinatario di tali regole non è solo il consumatore, ma più in generale il soggetto che si collochi rispetto all'intermediario predisponente in una posizione di forte asimmetria informativa, che come tale non è qualificabile come strutturale in quanto essa può concernere anche la figura del professionista.⁴⁸⁸ Tuttavia, vi sono singoli apparati normativi che in applicazione del principio di derivazione europea di proporzionalità distinguono tra categorie di soggetti aderenti, tenuto conto del grado di competenza ed esperienza accertato.

In conclusione, si può affermare che il valore della trasparenza bancaria – così enucleato nei suoi aspetti essenziali – non viene tutelato solamente in una prospettiva funzionale alla valorizzazione del mercato concorrenziale ma anche come bene in sé.

⁴⁸⁸ G. ALPA, *La riformulazione delle condizioni generali dei contratti delle banche*, in *Contratti*, 1996, 5 ss.

6. La rilevanza del canone generale del *clare loqui* con riferimento al momento informativo.

Introducendo tale profilo problematico avente una natura settoriale, giova subito ricordare come la base legale dello statuto della trasparenza di carattere informativo sia contenuta nella disposizione di cui all'art. 116 T.u.b.⁴⁸⁹, alla luce delle modifiche intervenute con la riforma del 2010⁴⁹⁰ che ha inciso pesantemente sull'oggetto di tali obblighi informativi precontrattuali⁴⁹¹.

Tale riforma, con la riscrittura della disposizione in esame ha segnato un punto di discontinuità rispetto alla precedente forma di trasparenza informativa, basata sull'affidamento da parte del Legislatore circa la condotta diligente del potenziale cliente nel consultare tutte le informazioni relative alle operazioni economiche contenute in documenti cartacei. Tale concezione è apparsa in via di superamento stante la non diffusa abitudine del cliente medio nell'avvalersi di una attenta lettura di tali informazioni.⁴⁹² Oltre a ciò, non è ravvisabile una forte competenza di carattere tecnico e settoriale in capo alla clientela che consenta una piena accessibilità al dato informativo. Infine, in tale contesto ha una determinante rilevanza anche la disciplina di natura regolamentare che consente il soddisfacimento dell'obbligo informativo da parte degli intermediari mediante l'indicazione di livelli di costi minimi o massimi che si rivelano nel corso delle operazioni non concretamente praticati.⁴⁹³

Con riferimento alla materia dei servizi di pagamento e del credito al consumo il Testo Unico Bancario esclude la configurabilità di un dovere coercibile di carattere informativo. In ciò rilevandosi un ulteriore indice di frammentarietà del sistema della trasparenza di

⁴⁸⁹ Ai sensi dell'art. 116 c. 1 T.u.b.: «1. Le banche e gli intermediari finanziari rendono noti in modo chiaro ai clienti i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi. Per le operazioni di finanziamento, comunque denominate, è pubblicizzato il tasso effettivo globale medio previsto dall'articolo 2, commi 1 e 2, della legge 7 marzo 1996, n. 108. Non può essere fatto rinvio agli usi».

⁴⁹⁰ Si tratta del d.lgs. 141/2010;

⁴⁹¹ Per una disamina sugli elementi essenziali della trasparenza precontrattuale di natura informativa si veda F. GIORGIANNI - C.M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario*, Milano, Giuffrè, 2009; F. CIVALE (a cura di), *La trasparenza bancaria: rapporto banca-cliente e forme di tutela*, Milano, Giuffrè, 2013.

⁴⁹² Su tale mutamento del punto di vista esaminato da parte del legislatore, si veda MORERA U., in Brescia Morra, Morera, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale di Notariato*, a cura di Perlingieri, Napoli, 2006, 337.

⁴⁹³ Si pensi alle disposizioni regolamentari attuative della Banca d'Italia del 2009;

natura bancaria. Infatti, quantunque le singole discipline speciali contenute nei relativi Capi non contengano disposizioni precettive di natura obbligatoria con riferimento agli obblighi informativi, il Capo I dello statuto normativo che si va esaminando pare fondarsi su uno statuto pubblicitario che si rivela inderogabile.

In tale contesto, assume una centrale rilevanza l'art 117 comma 4 T.u.b: si tratta di una disposizione che sotto un certo aspetto consente liberamente alla banca di violare la disciplina ivi contenuta applicando le clausole e le condizioni previste nei documenti informativi.⁴⁹⁴

Passando all'esame concernente il mancato rispetto dei doveri informativi in esame, esso comporta l'attivazione di rimedi sanzionatori di carattere amministrativo, oltre all'esperibilità di una tutela inibitoria⁴⁹⁵. Sul piano civilistico, qualora vengano praticate dagli intermediari finanziari condizioni contrattuali diverse e deteriori rispetto a quelle rese oggetto dell'informativa ai clienti, si attiverà il meccanismo della sostituzione legale nei tassi previsti dalla legge, ai sensi dell'art. 117 commi 6 e 7 T.u.b.⁴⁹⁶

Ciò che assume una diretta centralità ai fini della trattazione complessiva svolta nel presente elaborato, concerne la rilevanza civilistica sul piano delle conseguenze del mancato rispetto del dovere di *clare loqui* con riferimento agli obblighi informativi di cui sono gravati gli intermediari finanziari. Le tesi che si contendono il campo con riferimento a tale specifico interrogativo sono due: da un lato vi è chi ritiene configurabile una responsabilità ex art. 1337 c.c. da contatto sociale in capo all'intermediario finanziario; dall'altro lato non manca chi, invece, sostiene la non operatività del meccanismo di sostituzione automatica delle condizioni contrattuali di cui all'art. 117 comma 7 lett. b) T.u.b⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ In particolare, l'art. 124 T.u.b. in tema di credito al consumo – ma specularmente si veda l'art. 126 quater T.u.b. in tema di servizi di pagamento – dispone al primo comma che: «1. Il finanziatore o l'intermediario del credito, sulla base delle condizioni offerte dal finanziatore e, se del caso, delle preferenze espresse e delle informazioni fornite dal consumatore, forniscono al consumatore, prima che egli sia vincolato da un contratto o da un'offerta di credito, le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un contratto di credito ».

⁴⁹⁵ Quanto al rimedio sanzionatorio si legga l'art. 144 T.u.b; quanto al rimedio inibitorio si faccia riferimento alla lettera dell'art. 128 ter T.u.b.

⁴⁹⁶ Sulla frammentarietà del sistema così delineato, si veda DE POLI M., sub Art. 116, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro, Zaccaria, Padova, 2010, p. 1408 ss.

⁴⁹⁷ Cfr. SILVETTI, in Calandra, Buonauro, Perassi, Silveti, La banca: l'impresa ed i contratti, in *Trattato di diritto commerciale*, a cura di Cottino, VI, Padova, 2001, 391.

Come emerge chiaramente dalla lettura della disposizione di cui al comma 3 dell'art. 116 Tub, si tratta di una materia che appare oggetto di delega sia alle delibere del CICR sia ai provvedimenti della Banca d'Italia.

In particolare,⁴⁹⁸ la delibera CICR del 2003 ha inciso sensibilmente sull'apparato normativo contenuto nelle Istruzioni di Vigilanza adottate dalla Banca d'Italia in applicazione della L. n. 154 del 1992. Si tratta di una concreta applicazione del fenomeno della subdelega, in forza del quale se da un lato le delibere del CICR contengono disposizioni di principio ad antecedente logico aperto di carattere generale, dall'altro lato sono le disposizioni regolamentari della Banca d'Italia ad assurgere a norme immediatamente precettive. Si tratta di una tecnica legislativa che mira ad una semplificazione normativa volta al precipuo fine di ottenere una scelta matura e consapevole da parte del contraente debole.⁴⁹⁹

Quanto al contenuto di tale attuazione in chiave regolamentare⁵⁰⁰, giova evidenziare la configurazione di un dovere generale di accessibilità al dato informativo, cui si aggiunge un piano di indicazioni ausiliarie per gli intermediari al fine di fornire informazioni pubblicitarie in modo trasparente. Oltre a ciò, è stato introdotto il c.d. statuto contenente le prerogative del contraente debole di carattere uniforme e funzionale volto a consentire al cliente di prendere decisioni libere e consapevoli nel contesto dei mercati finanziari e bancari. Inoltre, sono state introdotte delle "brochure" di carattere tecnico contenenti i caratteri essenziali delle singole operazioni finanziarie. Infine, vi sono i c.d. fogli informativi, i quali danno contezza al cliente delle principali qualità del soggetto intermediario con cui entrano in contatto nella definizione della singola operazione negoziale, dei c.d. beni finanziari e delle loro principali connotazioni, delle condizioni contrattuali che potrebbero apparire più gravose per il contraente aderente. Nello specifico, il contenuto di tale prospetto informativo particolarmente qualificato si divide

⁴⁹⁸ Come sottolineato, l'art. 116 c. 3 T.u.b. dispone che: « 3. Il CICR: a) individua le operazioni e i servizi da sottoporre a pubblicità; b) detta disposizioni relative alla forma, al contenuto, alle modalità della pubblicità e alla conservazione agli atti dei documenti comprovanti le informazioni pubblicizzate; c) stabilisce criteri uniformi per l'indicazione dei tassi d'interesse e per il calcolo degli interessi e degli altri elementi che incidono sul contenuto economico dei rapporti; d) individua gli elementi essenziali, fra quelli previsti dal comma 1, che devono essere indicati negli annunci pubblicitari e nelle offerte, con qualsiasi mezzo effettuati, con cui i soggetti indicati nell'articolo 115 rendono nota la disponibilità delle operazioni e dei servizi.

⁴⁹⁹ Sui caratteri del procedimento di delegificazione nel contesto della trasparenza informativa bancaria, si veda RUFINI T., *Banche (trasparenza delle condizioni contrattuali)*, in *Digesto comm.*, Agg., Torino, 2000, 91 ss.

⁵⁰⁰ Per una panoramica sui profili di novità della Delibera CICR del 2003, come sensibilmente incisa dalle sopravvenute modifiche del 2011, si veda DE POLI, op. ult. cit., 1403 ss.

in due macrosistemi.⁵⁰¹ Infatti, da un lato si colloca il contenuto uniforme standardizzato; dall'altro lato vengono specificate le clausole economiche maggiormente onerose per il cliente. Oltre ciò vi è il dovere di indicare – sempre in via prognostica – i costi massimi che graveranno sul contraente debole, nonché gli importi minimi che invece siano a carico dell'intermediario finanziario, anche prospettando un massiminimo in cui si collocheranno i costi previsti.⁵⁰²

Proseguendo nella disamina della fisionomia di tale forma di trasparenza informativa, il cliente aderente ha diritto di ricevere, prima di vincolarsi al regolamento contrattuale, una scheda riassuntiva delle condizioni economiche previste, talvolta vedendosi onerato di una preventiva dazione anticipata di una somma di denaro. In via di ulteriore precisazione, occorre distinguere tra clausole strettamente economiche e condizioni generali di contratto unilateralmente predisposte. Infatti, con riguardo a queste ultime il canone di trasparenza informativa consente che di esse ne venga estratta copia da parte del contraente aderente.⁵⁰³

A valle di questi oneri informativi particolarmente pregnanti, si colloca il c.d. documento di sintesi, atto a raccogliere tutte le clausole economiche effettivamente inserite nel regolamento contrattuale e non quelle oggetto dei doveri di “disclosure”.

In conclusione, si possono menzionare le prescrizioni concernenti la chiarezza della “réclame” pubblicitaria in base alle quali occorre comunicare l'essenza dell'annuncio pubblicitario, la possibilità di conseguire tutti i supporti informativi sopra visti.

Concludendo tale disamina della trasparenza informativa con un collegamento alle categorie civilistiche del diritto dei contratti, occorre precisare che tali forme di pubblicità non costituiscono un'offerta al pubblico rilevante ex art. 1336 c.c., e da tale rilievo ne deriva che da tale assetto informativo non appare configurabile alcun obbligo a contrarre suscettibile di esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c. Al contrario – a parere di

⁵⁰¹ Come messo bene in evidenza dall'A., in precedenza l'attuazione regolamentare degli adempimenti informativi concerneva solo il contenuto economico ma non quello normativo. Sul punto, v. MIRONE A., *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino, 2003, 44 ss.

⁵⁰² In particolare, l'Indice Sintetico di Costo (c.d. I.S.C.) è funzionale ad «agevolare la capacità della clientela di valutare il costo effettivo dei servizi bancari». In tal senso, MIRONE A., op. cit., 27.

⁵⁰³ Sulla rinunciabilità di tali documenti di sintesi, v. De Poli M., *sub art. 116*, cit., 1407. Ciò che preme evidenziare è che il c.d. statuto del cliente, assurgendo a documento che cristallizza i diritti del cliente nella fase antecedente al perfezionamento del vincolo contrattuale non si limita al richiamo della sopra esaminata disciplina contenuta nel T.u.b., ma rinvia anche al Codice del Consumo. E' tale ampliamento della base normativa che ha dato la stura al tentativo di porsi il problema di un principio generale di trasparenza contrattuale che lambisca i delineati settori dell'ordinamento civilistico.

chi scrive – sembra più correttamente inquadrabile tale fattispecie nella categoria degli obblighi *de contractando*.

7. Il ruolo della trasparenza *in executivis* nell'ambito dei contratti bancari ed i provvedimenti della Banca d'Italia.

Al fine di cogliere fino in fondo l'ontologica complessità del principio generale di chiarezza e comprensibilità che si va esaminando, occorre evidenziare come il dovere di accessibilità – nel senso fino a qui descritto – può trovare un'importante declinazione anche nella fase esecutiva del rapporto contrattuale bancario. La base legale di tale principio che opera *in executivis* è rappresentata dall'art. 119 T.u.b.⁵⁰⁴, il quale pone a carico della banca l'obbligo di comunicare al cliente i dati rilevanti ai fini dell'esecuzione del rapporto secondo i criteri ed i canoni stabiliti in via regolamentare.

In particolare – con riferimento ai contratti bancari non regolati in conto corrente – le disposizioni contenute all'interno della Delibera CICR del 2003⁵⁰⁵ contengono le regole concernenti gli elementi essenziali⁵⁰⁶ che devono essere contenuti nella comunicazione annuale sullo svolgimento del rapporto, rinviano per gli altri aspetti ai provvedimenti della Banca d'Italia.⁵⁰⁷ In particolare, il Provvedimento della Banca d'Italia del 2009⁵⁰⁸

⁵⁰⁴ Ai sensi dell'art. 119 T.u.b.: «1. Nei contratti di durata i soggetti indicati nell'articolo 115 forniscono al cliente, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente stesso, alla scadenza del contratto e comunque almeno una volta all'anno, una comunicazione chiara in merito allo svolgimento del rapporto. Il CICR indica il contenuto e le modalità della comunicazione.

2. Per i rapporti regolati in conto corrente l'estratto conto è inviato al cliente con periodicità annuale o, a scelta del cliente, con periodicità semestrale, trimestrale o mensile. 3. In mancanza di opposizione scritta da parte del cliente, gli estratti conto e le altre comunicazioni periodiche alla clientela si intendono approvati trascorsi sessanta giorni dal ricevimento. 4. Il cliente, colui che gli succede a qualunque titolo e colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni hanno diritto di ottenere, a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni. Al cliente possono essere addebitati solo i costi di produzione di tale documentazione.»

⁵⁰⁵ Si tratta della delibera CICR emanata in data 4.3.2003, la quale in tale circostanza viene in rilievo alla luce del suo art. 12 c. 1.

⁵⁰⁶ Tra gli elementi essenziali di tale comunicazione finale si possono ricordare il tasso di interesse e le altre condizioni in vigore.

⁵⁰⁷ Nel caso di rapporti regolati in conto corrente, l'art. 119 c. 2 T.u.b. prevede il diritto del cliente alla scelta di una periodicità inferiore della comunicazione finale e dell'estratto.

⁵⁰⁸ Come risultante dall'aggiornamento del 9.2.2011.

prevede che le condizioni economiche che connotano maggiormente l'essenza dell'operazione contrattuale siano cristallizzate in un rendiconto ed in una scheda di sintesi che – con l'accordo dell'aderente – può essere oggetto di modifica nel corso del rapporto, anche con riferimento alle modalità della comunicazione.⁵⁰⁹

Per contro – con riferimento ai contratti che sono regolati in conto corrente – la disciplina in esame fissa una sorta di calendarizzazione cronologica per l'invio del resoconto a titolo di comunicazione nello svolgimento del rapporto. Con particolare riferimento all'inquadramento giuridico di tale istituto, l'orientamento prevalente in dottrina tende a qualificare tali comunicazioni come dichiarazioni di scienza.⁵¹⁰ Spostando il punto di vista dal piano sostanziale a quello processuale, occorre mettere in evidenza come tali comunicazioni costituiscono oggetto di un autonomo bene della vita come tale capace di essere oggetto della tutela processuale cautelare di urgenza.

Oltre a ciò, proseguendo nella disamina della disciplina in esame, è prevista la facoltà di opposizione da parte del cliente aderente nei termini fissati *ex lege*: ciò dà vita ad una fattispecie di carattere complesso ed a formazione progressiva in quanto, per effetto del mancato esercizio di tale diritto potestativo a realizzazione stragiudiziale si produrrà l'effetto approvativo delle condizioni contenute in tale comunicazione.⁵¹¹ Il presupposto per il prodursi dell'effetto impeditivo dell'approvazione è che si tratti di una contestazione avente i caratteri della puntualità, non potendosi rivolgere genericamente al contenuto comunicativo.

Nonostante l'operatività di tale meccanismo approvativo, è fatto salvo il diritto di impugnativa del cliente aderente – nei termini a tale scopo previsti *ex lege* – e l'attivazione degli ordinari rimedi invalidanti.⁵¹²

Sempre con riferimento allo svolgimento del rapporto contrattuale, il contraente aderente ha diritto di ottenere copia dei documenti contenenti lo svolgimento dei singoli rapporti contrattuali che lo hanno vincolato negli anni precedenti, ed il relativo onere di spesa – con un'adeguata ed anticipata informativa – può essere posto a carico del cliente. Quanto all'ampiezza di tale diritto di cui è titolare il contraente gravato da tale posizione

⁵⁰⁹ Con particolare riguardo al diritto alla consegna della documentazione, si veda Cass., 12.5.2006, n.11004, in *Banca borsa*, 2007, II, 731.

⁵¹⁰ Sulla natura giuridica di tali comunicazioni, si veda Trib. Napoli, 26.9.200, in *Giur. nap.*, 2000, p. 452.

⁵¹¹ In tal senso, v. Trib. Palermo, 29.5.2006, in *Foro it.*, 2006, p. 2329 ss.

⁵¹² Sul termine prescrizione della domanda di rettifica degli errori si veda MIRONE, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino, 2003, 291 ss.; Cfr. Trib. Milano, 27.9.2001, in *Banca borsa*, 2003, II, p. 216;

di asimmetria informativa esso non può inglobare tutta la documentazione inerente all'intero rapporto contrattuale, ma quella riguardante la singola operazione.⁵¹³

Passando in rassegna il problema dei provvedimenti della Banca d'Italia nella particolare ottica del canone della trasparenza⁵¹⁴, ciò che preme evidenziare è la centralità del sopra menzionato Provvedimento del 2009. L'elemento caratterizzante ed innovativo di tale provvedimento – che rileva ai fini della presente trattazione – è quello di aver creato degli obblighi informativi non fini a sé stessi ma curandone l'aspetto comprensivo da parte del cliente. Ciò sottintende e giustifica le esigenze di accessibilità, chiarezza, comprensibilità e trasparenza affinché il cliente abbia pienamente contezza del contenuto dell'operazione economica e del suo svolgersi, dei costi del servizio e delle conseguenze economiche del rapporto al fine del formarsi di una libera volontà piena e consapevole.⁵¹⁵ Ne deriva che tale particolare strumento segna una discontinuità con la normativa previgente determinando il transito da un generico dovere di far conoscere ad uno specifico dovere di far comprendere l'essenzialità dell'operazione nel suo complesso. Ciò dimostra la raggiunta consapevolezza da parte della Banca d'Italia della considerazione per cui occorre una sinergia tra l'attività di gestione e controllo degli intermediari e la trasparenza nella fase precontrattuale ed esecutiva del rapporto negoziale, al fine di garantire il buon funzionamento del mercato concorrenziale. Ciò giustifica lo statuto delle disposizioni volte a garantire la piena intellegibilità delle conseguenze economiche delle condizioni contrattuali, tra cui quelle relative alla struttura ed all'impaginazione dei documenti contrattuali ed informativi, quelle relative alle tecniche di redazione ed alla semplicità espositiva, ed infine, quelle relative all'adeguatezza della modalità comunicativa prescelta in relazione ad una materia come quella che si va esaminando connotata da un elevato grado di tecnicismo. Tutto ciò ha come obiettivo, in primo luogo, quello di consentire una scelta libera e consapevole da parte del singolo contraente; in secondo luogo, il fine è quello di garantire il corretto e virtuoso sviluppo del mercato concorrenziale nel settore bancario e finanziario.

⁵¹³ Con riferimento ai legittimati alla consegna dei documenti che si vanno esaminando, v. Cass. 13.7.2007, n. 15669, in *Giust. civ.*, 2008, 712.

⁵¹⁴ In questa sede si va utilizzando il concetto della trasparenza come chiave di lettura finalizzata ad una tutela non solo del consumatore, ma anche del professionista.

⁵¹⁵ Sull'importanza del passaggio da un obbligo di far conoscere ad un obbligo di far comprendere, si veda BRODI, *Dal dovere di far conoscere al dovere di far "comprendere": l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori*, in *Banca borsa titoli di credito*, fasc. 2, 2011, 248.

Tra i veicoli attuativi⁵¹⁶ di tale canone di trasparenza contrattuale e precontrattuale nel settore bancario, giova ricordare il mezzo pubblicitario, il requisito formale del contratto, la tutela apprestata nelle ipotesi di abusivo esercizio da parte dell'intermediario dello *ius variandi*, nonché l'intero apparato comunicativo in precedenza esaminato. Tali regole si caratterizzano per la loro elasticità – connotazione, lo si ricorda, propria dei principi generali – la quale consente di plasmare tali regole in funzione delle specificità e dei caratteri del singolo cliente nel singolo caso concreto.

Nel proseguo della trattazione si cercherà di esaminare i principali criteri applicativi della trasparenza nel contesto dei mercati finanziari enucleati dai provvedimenti della Banca d'Italia, mettendone in luce pregi e difetti.

In primo luogo, il documento⁵¹⁷ rappresenta – in via di prima approssimazione – lo statuto dei diritti del cliente che l'intermediario è tenuto ad esporre anche a attraverso adeguati supporti tecnologici.

In secondo luogo, i fogli informativi contengono le specificità relative ai dati connotanti il singolo operatore finanziario, i tratti caratterizzanti l'operazione economica prescelta, le condizioni contrattuali, le conseguenze economiche della stessa, la disciplina del recesso, gli strumenti di tutela giudiziale o stragiudiziale attivabili. Il medesimo foglio informativo può contenere informazioni relative a più versioni dello stesso prodotto, oltre che ai servizi accessori. Nel caso in cui l'operazione complessiva gravi il cliente di plurimi costi, il principio di accessibilità e di intellegibilità impone che sia immediatamente percepibile il costo complessivo dell'operazione economica. Con riferimento ad operazioni a carattere pluristrutturato, tale documento concerne l'intero apparato informativo, quantunque esso faccia riferimento a istituti non direttamente disciplinati in via provvedimentale⁵¹⁸.

In terzo luogo, la consegna su richiesta del cliente di una copia del testo contrattuale e delle condizioni generali di contratto che connotano la specifica operazione contrattuale, o, in alternativa, un c.d. documento di sintesi. Oltre a ciò, in caso di modifica di tale

⁵¹⁶ Sulle tecniche che consentono di attuare il canone della trasparenza nel settore bancario, v. MINTO, *Assesti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.6, 2014, 1174.

⁵¹⁷ In tale contesto, i provvedimenti della Banca d'Italia si sono occupati dell'approfondimento del concetto di disponibilità del documento da parte del cliente, individuando una soglia oltre alla quale si configura una sorta di sfera di signoria del cliente sul contenuto economico dello stesso;

⁵¹⁸ CARATELLI, *La trasparenza dei rapporti negoziali tra banche e clienti: fabbisogni informativi e intervento pubblico*, in *Bancaria* 2005, 78 ss.

strumento della trasparenza bancaria, il provvedimento della Banca d'Italia prevede una correzione o una nuova predisposizione di tale copia prima del perfezionamento del contratto.⁵¹⁹

Proseguendo nella disamina degli strumenti della trasparenza contrattuale, il documento di sintesi configura un elemento strutturale del contratto ed enuclea in via riassuntiva tutte le condizioni dell'operazione economica complessiva.

Infine, sul piano contenutistico del singolo accordo contrattuale, tale provvedimento dispone che esso debba indicare il tasso di interesse praticato dall'intermediario, le singole condizioni economiche, le commissioni che spettano allo stesso, le spese a carico dell'aderente, e più in generale, tutte le condizioni generali di contratto rilevanti ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c.

Sotto il profilo strettamente rimediale⁵²⁰, tale provvedimento consacra una sorta di nullità di protezione delle condizioni contrattuali che rimandino agli usi per la determinazione di tassi di interesse⁵²¹, prezzi o condizioni contrattuali o che prevedano condizioni deteriori rispetto a quelle rese oggetto degli obblighi informativi.

Venendo al piano delle raccomandazioni, la disciplina in questione pone l'accento circa il non utilizzo di termini tecnici particolarmente complessi, sempre in una logica di massima tutela dell'accessibilità al contenuto economico del regolamento contrattuale.

Tali considerazioni fino a qui svolte – funzionali a sottolineare che ai fini della trasparenza nel contesto del diritto bancario rileva non solo il mero adempimento dell'obbligo informativo ma anche le modalità con cui tale obbligo viene adempiuto – evidenziano che l'obiettivo del legislatore e del titolare del potere regolamentare provvedimentale in tale materia è non solo quello di far conoscere ma soprattutto quello di far comprendere il significato della singola operazione contrattuale. Tale finalità, in ultima analisi, risulta perseguita tramite l'inserzione e la comunicazione di alcuni indicatori che in chiave prognostica prevedono gli oneri relativi a taluni servizi finanziari,

⁵¹⁹ Per i contratti di mutuo ipotecario – tipo contrattuale in relazione al quale, come evidenziato nel corso della trattazione, è intervenuta la Corte di Giustizia dell'Unione europea al fine di precisare e delimitare il canone della trasparenza consumeristica – offerti ai clienti al dettaglio, la consegna della copia del contratto idonea per la stipula è gratuita a partire dal momento in cui viene concordata la data per la stipula presso il notaio;

⁵²⁰ Cfr. MIRONE, *op. cit.*, 565.

⁵²¹ Con particolare riguardo ai contratti di mutuo e di apertura di credito, l'esaminato Indicatore Sintetico di Costo (I.S.C.) è sostituito dal tasso annuale effettivo globale (c.d. T.A.E.G.).

in una logica di piena accessibilità all'operazione ed al costo effettivo del singolo finanziamento.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, si può agevolmente concludere come il dovere di chiarezza e di comprensibilità assurge non a regola di validità – e come tale settoriale, eccezionale e non suscettibile di applicazione analogica – quanto a principio generale che ha come interlocutori non solo i clienti consumatori ma anche il professionista che si trovi in una posizione di asimmetria informativa.⁵²²

In chiave critica, autorevoli voci in letteratura hanno evidenziato come tale forma di “esasperazione” della trasparenza contrattuale⁵²³ porti con sé il rischio di determinare un appiattimento dell'offerta dei servizi finanziari con l'ulteriore conseguenza del proliferare di comportamenti collusivi. Tuttavia, il rischio di tale coordinamento appare scongiurato dalla corretta operatività dell'Autorità posta a presidio della concorrenza. Oltre a ciò, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha a più riprese ricordato il suo intento di perseguire la strada dell'accessibilità, in una logica di comparabilità tra i diversi assetti informativi.

L'assetto normativo fino ad ora ricostruito consente di concludere – come in precedenza già evidenziato – che le disposizioni fin qui esaminate integrino regole di condotta e non di validità, incidenti quindi sul rapporto e non sull'atto.

In applicazione del principio di effettività di matrice comunitaria, affinché tali regole possano trovare una concreta applicazione è necessario che esse godano di un adeguato contesto organizzativo. Ad esempio, si pensi al coacervo di regole volte alla predisposizione di modelli organizzativi che assicurino la conoscenza delle regole sulla

⁵²² Sul problema dei destinatari e dei beneficiari del canone della chiarezza e della comprensibilità della trasparenza bancaria, v. MERCOLINO G., *Mercati finanziari, equilibrio contrattuale e concorrenza*, in *Le più rilevanti decisioni civili della Corte di Cassazione (Corte Suprema di Cassazione – Ufficio del Massimario, a cura di)*, Roma, 2009, 68.

⁵²³ Per un quadro completo sulla trasparenza nel settore bancario, si deve tener conto sia delle normative inerenti ad altri settori (tra cui, senza pretesa di esaustività, si ricordi la disciplina relativa alla pubblicità ingannevole ed alle pratiche commerciali scorrette o quella relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori), sia coacervo di norme che contribuiscono o hanno contribuito alla definizione dello statuto normativo della trasparenza in ambito bancario. In tale ultima sottocategoria, si possono ricordare, e disposizioni emanate dalla Banca d'Italia, le deliberazioni del CICR, il decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 3 febbraio 2011, recante “Determinazioni in materia di credito ai consumatori; art. 16 della legge 7 marzo 1996, n. 108, in materia di attività di mediazione o di consulenza nella concessione di finanziamenti da parte di banche o di intermediari finanziari; TUF; d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, in materia di commercio elettronico; d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, Codice del Consumo. Sul piano comunitario e sovranazionale, si può in ultima analisi ricordare il d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, recante “Attuazione della direttiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE.

trasparenza da parte di coloro che sono chiamati a collocare i prodotti finanziari nel mercato.

In conclusione, quanto ai risvolti pratici che tali riflessioni possono presentare, si evidenzia come tale materia sia stata oggetto di una decisa opera di delegificazione, la quale si presenta come distonica rispetto alle finalità ed agli obiettivi di armonizzazione massima di derivazione euro-unitaria. Infatti, nonostante l'elevata competenza tecnica della Banca d'Italia, in ragione dei precipitati applicativi di una materia così decisiva, ad avviso di chi scrive sarebbe necessario un sostrato normativo di rango primario notevolmente più corposo.

8. La problematica linea di confine tra la trasparenza bancaria e la c.d. educazione finanziaria.

Al fine di cogliere appieno il *quid proprium* della trasparenza nell'ambito del settore bancario, occorre evidenziare quali siano i profili differenziali rispetto al distinto ed autonomo fenomeno della educazione finanziaria.⁵²⁴

⁵²⁴ Operando una classificazione di natura cronologica, l'attività di consulenza finanziaria assurge al più recente dei servizi di investimento che intercettano il problema della trasparenza contrattuale nel settore dei mercati finanziari e del diritto bancario.

Con tale espressione si fa puntualmente riferimento ad un meccanismo attuativo di uno dei diritti fondamentali del consumatore ai sensi dell'art. 2 Dir. 93/13/CEE volto a colmare le asimmetrie informative che orbitano intorno a quest'ultimo al fine di consentire una decisione pienamente adesiva alle condizioni contrattuali unilateralmente poste.⁵²⁵

In assenza di una normativa ricavabile in via estensiva che consente di configurare un siffatto obbligo in capo all'intermediario finanziario, gli strumenti che consentono la configurabilità di un principio generale che abbia come interlocutore non solo il consumatore ma più in generale il contrente asimmetricamente più debole, sono, da un lato, la creazione di un adeguato statuto legislativo che incrementi il grado di responsabilizzazione dell'aderente e, dall'altro lato, appare plausibile ipotizzare un incremento di intervento da parte delle "Autorithies", nel rispetto della loro area di intervento.⁵²⁶

In tale contesto, l'ordinamento italiano pare collocarsi in una posizione deteriore rispetto ad altri ordinamenti nazionali. In particolare, l'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa ha dato vita ad un sistema di raccomandazioni⁵²⁷ dirette ai singoli Stati al fine di individuare gli strumenti più adeguati al fine di incrementare l'educazione finanziaria dei singoli clienti, alla luce delle caratteristiche della popolazione, del grado di istruzione ed alfabetizzazione, del reddito e dei singoli bisogni. In particolare, con riferimento alla materia dei mutui,⁵²⁸ si è rivelata particolarmente pregnante tale esigenza in quanto, oltre al frequente utilizzo di tale strumento contrattuale,

⁵²⁵ Ai sensi dell'art. 2 dir. 93/13/CEE, è definito «consumatore», qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della direttiva, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale. È proprio con riferimento alla trasversalità delle regole sulla trasparenza bancaria – applicabili sia al consumatore che al professionista – che si è cercato di mettere in evidenza che tale canone generale involge la più ampia figura del contraente gravato di un'asimmetria informativa, quantunque si tratti di un professionista.

⁵²⁶ La Direttiva "Markets in financial instruments directive" 2004/39/CEE definisce la consulenza in materia di investimenti come "la prestazione di raccomandazioni personalizzate ad un cliente, dietro sua richiesta o per iniziativa del prestatore di servizio, riguardo a una o più operazioni relative ad un determinato strumento finanziario".

⁵²⁷ Alla luce della direttiva sopra citata, il concetto di raccomandazione include un adeguato assetto informativo che deve tener conto delle qualità e delle caratteristiche del singolo cliente.

⁵²⁸ Sulla nozione di trasparenza enucleata dalla Corte di Giustizia in tema di contratti di mutuo si veda in particolare, Sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, (Quarta Sezione), 16 luglio 2020 CY contro Caixabank SA (C 224/19), e LG, PK contro Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (C 259/19). Si tratta dell'emblematico il caso del contratto di mutuo ipotecario a tasso variabile assistito da una commissione di apertura, la quale impone al mutuatario il pagamento di tutte le somme a titolo di spesa di costituzione e di cancellazione della garanzia ipotecaria.

esso molto spesso assurge a contenitore di condizioni contrattuali – si badi, è il caso delle c.d. “clausolas suélo” – che integrano veri e propri contratti derivati.

Oltre a ciò, il fenomeno in esame è stato particolarmente attenzionato dalla Commissione europea sul piano delle cause della necessità di incremento di tale forma di educazione finanziaria, con approfonditi studi di carattere psicologico e sociologico che tengono in considerazione sia le condotte degli intermediari sia la connotazione personale del cliente.⁵²⁹

Nell’esame del Senato della legge comunitaria 2009 si prevedeva il ruolo dell’educazione finanziaria quale strumento di tutela del consumatore, attribuendo il potere di promuovere iniziative di informazione e educazione volte a diffondere la cultura finanziaria fra il pubblico, al fine di favorire relazioni responsabili e corrette tra intermediari e clienti. Tuttavia, nel d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141⁵³⁰ non c’è traccia del riferimento, essendo tale proposito destinato a restare lettera morta.

Quanto all’intervento delle c.d. “Autorithies”, in una logica di tutela educativa⁵³¹ del contraente debole – ciascuna nella propria area di intervento – hanno provveduto a stilare un protocollo volto all’incremento dell’educazione finanziaria dell’investitore affinché quest’ultimo approdasse a scelte più mature e consapevoli. Più nello specifico, la Banca d’Italia ha provveduto alla predisposizione sul proprio sito istituzionale di un apposito spazio contenente la descrizione degli elementi qualificanti il singolo prodotto finanziario al fine di garantire la piena accessibilità al mercato finanziario di tutte le fasce della clientela.

Il momento genetico di tale fenomeno bancario affonda le sue radici nella crisi della c.d. trasparenza finanziaria⁵³²: in particolare, l’obiettivo di colmare il divario conoscitivo che connota la relazione contrattuale intercorrente tra intermediario e cliente si pone a valle di un fallimento delle regole di trasparenza fino ad ora esaminate.

⁵²⁹ MORGANTE D., *Regime e indipendenza dei consulenti finanziari e società di consulenza finanziaria*, in *federalismi.it*, 29 Febbraio 2012.

⁵³⁰ Si tratta del D.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, Attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori, nonché' modifiche del titolo VI del testo unico bancario (decreto legislativo n. 385 del 1993) in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi.

⁵³¹ Per contro, come visto, la consulenza finanziaria è volta alla predisposizione di figure professionali del settore che abbiano carattere strumentale rispetto alle cause del cliente. Ciò premesso, la differenza rispetto alla fattispecie dell’educazione finanziaria concerne il piano dei destinatari di tali regole.

⁵³² BARBER R.B., *Da cittadini a clienti*, Torino, Einaudi, 2010, 121.

Partendo dal presupposto per il quale, la complessa struttura dei prodotti finanziari sia cresciuta esponenzialmente rispetto al bagaglio tecnico e conoscitivo del cliente investitore medio, il quadro vigente della normativa concernente i contratti finanziari si trova ad un punto di svolta⁵³³: da un lato, quello di attuare un piano di tutela del consumatore secondo una prospettiva *ex post*. Dall'altro lato, si presenta l'alternativa di tutelare il risparmiatore, non più connotato da una intrinseca posizione di debolezza rispetto all'intermediario predisponente, quanto piuttosto da una posizione di potenziale parità rispetto a quest'ultimo, adottando una logica di tutela a carattere preventivo. Infatti, aderendo a tale seconda impostazione – che è quella che sembra trasparire dall'esame del dato legislativo, interpretativo e sistematico – il fine è quello di rimuovere ogni ostacolo alla realizzazione di una relazione paritaria anteriore al perfezionarsi del contratto che impedisca il formarsi di un assetto di interessi che tenga conto dell'esigenza di ambedue i contraenti.

In ciò si colloca la sottile linea di confine con la disciplina della trasparenza in senso stretto: in particolare, l'esigenza di rafforzamento dell'educazione finanziaria ha come obiettivo quello di incidere in una situazione che si colloca *ex ante* rispetto alla stipula del contratto, preservando in via principale il valore della libertà di scelta da parte dell'aderente, e rendendo in ultima analisi il cliente un protagonista della relazione contrattuale.

Sulla scorta del rilievo⁵³⁴ secondo cui, non è concepibile una tutela piena dell'aderente senza prima fornirgli un quadro di competenze e conoscenze che impediscano di collocarlo in una condizione di soggezione nei confronti dell'intermediario predisponente, gli organismi internazionali e le “Autorithies” hanno dato effettività al principio di autoresponsabilità dell'investitore garantendo la possibilità di adottare una decisione libera e consapevole.

Tale prospettiva si pone come argine ad una possibile degenerazione della disciplina sulla trasparenza, in quanto essa – trovando il suo elemento caratterizzante sul momento informativo qualificato, e quindi volto a far comprendere – potrebbe sconfinare in una forma di sovra informazione che sarebbe egualmente lesiva della libertà di scelta del

⁵³³ Il Regno Unito è uno dei Paesi che più ha investito in questo settore, affidando un preciso compito alla Financial Services Authority (FSA), ossia l'educazione in materia economico-finanziaria tramite strategie che tengano conto dell'analisi delle conoscenze esistenti ed è basata su tre canali guida: educazione finanziaria, consulenza e informazione.

⁵³⁴CARDIA L., *Tutela del risparmio e competitività della piazza finanziaria*, in www.consob.it.

contraente debole.⁵³⁵ Per tali ragioni, le scelte economiche lesive non vengono fatte solo in assenza di informazioni, ma anche in possesso di nozioni errate o comunque non idonee a ponderare razionalmente le varie opportunità e possono essere facilmente strumentalizzate da chi ha conoscenze superiori.

Tenuto conto delle riflessioni che precedono, l'educazione finanziaria supplisce in una certa misura al possibile fallimento delle regole sulla trasparenza.

Il primo profilo problematico cui cerca di supplire l'istituto dell'educazione finanziaria concerne l'eterogeneità tipologica del cliente risparmiatore sotto il profilo sia meramente patrimoniale sia schiettamente conoscitivo.⁵³⁶

In secondo luogo, l'ulteriore profilo problematico concerne l'evoluzione dell'apparato tecnologico che ha di fatto ingenerato nel cliente l'illusione di una piena conoscenza del tecnicismo che involge la singola operazione finanziaria, determinando una situazione di grave incertezza ai fini di una consapevole decisione di vincolarsi con un preciso accordo contrattuale.⁵³⁷

In conclusione, appare opportuno considerare un'ultima accezione della trasparenza che completa tale indagine sui confini semantici del dovere di *clare loqui* con particolare riferimento al settore dei mercati finanziari. L'interrogativo conclusivo si pone come obiettivo quello di verificare se l'indagine fin qui svolta sui caratteri della trasparenza e dell'educazione finanziaria consenta di affermare che l'operatività di tali regole e principi siano effettivamente capaci di colmare le asimmetrie informative che connotano i rapporti contrattuali in esame garantendo il formarsi di una volontà piena, libera e consapevole.

Lasciando consapevolmente aperta la possibilità di dare una risposta articolata a tale importante interrogativo, occorre, tuttavia, rilevare alcuni dati che possono orientare il lettore nel prendere posizione rispetto alla questione che si va esaminando.

In primo luogo, occorre avere la consapevolezza della dimensione cangiante del mercato finanziario in costante evoluzione: la molteplicità dei prodotti finanziari e la rapida

⁵³⁵ MOTTERLINI M., *Economia emotiva. Che cosa si nasconde dietro i nostri conti quotidiani*, Rizzoli, 2009, 245.

⁵³⁶ Oltre a ciò, è interessante rilevare come l'aspetto patrimoniale e quello conoscitivo possono diversamente interagire, dando luogo a diverse tipologie di cliente investitore;

⁵³⁷ PARACAMPO M., *Il ruolo dell'educazione finanziaria nella recente disciplina del mercato finanziario*, in *www.dirittobancario.it*, 2011, 3.

evoluzione del settore in questione, rendono impotente il cliente rispetto al dichiarato obiettivo di garantire il formarsi di una volontà seria e pienamente consapevole.

In secondo luogo, un'ulteriore considerazione lambisce il profilo psicologico e sociale del cliente medio. Infatti, accade spesso che il cliente medio – laddove ne abbia la possibilità sul piano finanziario – si affidi alla professionalità ed alla competenza tecnica di soggetti qualificati, disinteressandosi totalmente delle regole specifiche sulla trasparenza e sull'educazione finanziaria.

Oltre a ciò, il terzo profilo problematico che dovrebbe guidare il lettore nella formazione di un punto di vista critico sulla questione concerne l'entità e la qualità contenutistica dell'educazione finanziaria. In particolare, l'incremento qualitativo dell'educazione finanziaria deve avere come finalità quella dell'effettiva comprensione del significato e delle condizioni economiche che connotano il singolo accordo contrattuale attraverso la creazione di appositi percorsi formativi dislocati nel lungo periodo.⁵³⁸

Infine, ha una certa rilevanza anche l'argomento economico⁵³⁹. Infatti, il tracollo finanziario che ha colpito negli ultimi anni molti Paesi europei ha generato un clima di generale repulsione di atteggiamenti propositivi da parte della clientela verso la comprensione delle logiche di mercato.

Proprio in ragione dei rilevati profili problematici che impediscono di colmare appieno l'asimmetria informativa che connota la posizione del cliente consumatore, è opportuno dar contezza dell'impostazione di chi ha dato atto della trasformazione della trasparenza in una forma di sostanziale consulenza, volta non solo a far conoscere ma anche a far comprendere le condizioni economiche connotate da maggiore complessità e tecnicismo in una logica di piena fiducia sinallagmatica.

Tale mutamento di *forma mentis* trova riscontro nella realtà, alla luce del notevole incremento della figura del promotore della banca che opera nelle varie dislocazioni territoriali offrendo una forma di consulenza finanziaria di ampio spettro attraverso verifiche di adeguatezza necessarie a far comprendere al cliente il significato complessivo dell'intera operazione finanziaria.

⁵³⁸ NIGRO A., *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla consulenza? Saggio contenuto in Diritto della banca e dei mercati finanziari*, 2013, 17.

⁵³⁹ G. FALCONE, *Il trattamento normativo del sovra indebitamento del consumatore*, in *Giur. Comm.*, fasc.1, 2015, 134.

In conclusione, pare potersi ritenere che la concretizzazione del dovere di chiarezza e di comprensibilità passa attraverso la predisposizione di un piano di consulenza volto a garantire il sicuro passaggio dal dovere di far conoscere a quello di far comprendere.

9. Applicazioni del canone generale della trasparenza: i contratti bancari, finanziari ed assicurativi.

Cercando di addivenire alla conclusione della problematica che si va esaminando, occorre verificare gli effetti applicativi della configurabilità, a partire dal Codice del Consumo ed in particolare dalla disciplina contenuta nell'art. 5 della Dir. 93/13/CEE – di un principio generale di trasparenza, chiarezza, accessibilità e comprensibilità. Da quanto è emerso nel corso della trattazione, il dovere di *clare loqui* assurge a fattispecie ad antecedente logico aperto connotata dal carattere della generalità e capace di incidere sensibilmente financo su rapporti contrattuali in cui, pur non essendo l'aderente qualificabile come consumatore, egli riveste la posizione di un contrante professionista gravato da una posizione di asimmetria qualificata sotto il profilo informativo.

Ciò che si cercherà di fare in tali note conclusive dell'elaborato è di verificare la tenuta e l'utilità del principio di trasparenza con riferimento alla casistica applicativa concernente i contratti in primo luogo bancari, ma anche finanziari ed assicurativi, evidenziando con riferimento a questi ultimi le recenti posizioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Con particolare riferimento al settore della contrattualistica bancaria – che si è tenuta come criterio guida nei paragrafi che precedono in ragione del suo collegamento al momento genetico del canone della trasparenza – è noto che i primi accenni di disciplina della materia oggetto della disamina si collocano alla metà degli anni '80. A tale primissima rivoluzione copernicana da parte degli studiosi del settore, fecero seguito poco dopo i c.d. Accordi Interbancari che davano centralità al principio che si va

esaminando. Successivamente a tali accordi, intervenne la già menzionata Legge n. 154 del 1992, la quale culminò nel Testo Unico Bancario del 1993, così come modificato in attuazione delle direttive comunitarie.⁵⁴⁰

Come sopra evidenziato, la norma centrale del T.u.b. che rileva in punta di trasparenza è l'art. 117 d.lgs. 385/1993⁵⁴¹, il quale fissa degli obblighi formali, contenutistici ed informativi – integrati in via provvedimentale dalle regole del C.I.C.R. e dalle disposizioni della Banca d'Italia – volti a garantire l'effettività del dovere non solo di far conoscere ma anche di far comprendere.

Spostando l'attenzione ad un rilievo di natura strettamente semantica, è possibile notare che la terminologia del Codice del consumo e della direttiva 93/13/CEE – che danno centrale rilevanza ai canoni di chiarezza e comprensibilità – non compare espressamente nel d.lgs. 385/1993. Ciò in quanto il canone generale della trasparenza si dipana in due accezioni: da un lato la trasparenza in senso stretto, propria della disciplina consumeristica ed attenta al profilo intellettuale e conoscitivo della singola clausola che importa oneri e sacrifici economici in capo al contraente debole. Dall'altro lato, la trasparenza in senso ampio che involge l'impianto del TUB dando maggiormente rilievo al momento informativo. Ed è proprio l'approfondimento svolto in tema di educazione finanziaria a garantire la compenetrazione tra le due dimensioni del canone generale della trasparenza: infatti, la trasparenza informativa in senso ampio acquista un ruolo decisivo nella formazione di una volontà libera e consapevole in capo al cliente aderente⁵⁴² solo in quanto si obiettivizza in un apparato di regole volto non solo a far conoscere ma anche a far comprendere sia le condizioni economiche proprie di ciascuna operazione contrattuale e finanziaria sia le conseguenze legate alle prime. In altre parole, l'educazione finanziaria rappresenta lo strumento volto ad individuare una linea di continuità tra le due dimensioni

⁵⁴⁰ F. CIVALE (a cura di), *La trasparenza bancaria: rapporto banca-cliente e forme di tutela*, Milano, 2013, 5 ss. il quale sottolinea che è proprio grazie alla legge n. 154/1992 che il tema della trasparenza in ambito bancario trova una sua prima formulazione disciplinare, una sorta di «primo punto di arrivo di un ampio dibattito sviluppatosi negli anni Ottanta che coinvolgeva il ruolo delle banche, nonché avvertite esigenze di tutela del cliente e di efficienza nel settore creditizio».

⁵⁴¹ Le disposizioni contenute nelle leggi 154/1992, 142/1992 sono state recepite all'interno del Testo Unico Bancario nel quale hanno trovato una maggior efficienza sistematica che ha contribuito ad eliminare le originarie lacune e sovrapposizioni ed alcuni dubbi interpretativi, così F. GIORGIANNI – C. M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario*, Milano, 2009, 405.

⁵⁴² E. CATERINI, *Lineamenti di diritto civile italo-europeo. Dal mercato alla persona*. Napoli-Roma, 2009, 45 ss., sottolinea che perché possa dirsi pienamente realizzato il principio di trasparenza, criterio finalizzato ad attuare l'equilibrio contrattuale, non è possibile «limitarsi» al semplice rispetto degli obblighi informativi disseminati nel T.u.b. «la trasparenza si risolve nella completezza dell'oggetto contrattuale» in un'ottica e in prospettiva di ogni prevedibile sviluppo che possa condizionare l'equilibrio contrattuale.

della trasparenza, creando le basi per la predisposizione di un regime di comunicabilità con la disciplina posta a tutela del consumatore.⁵⁴³

Sulla scorta di tali premesse, la trasparenza in senso stretto – che ha come elemento centrale quello intellettuale e conoscitivo, legati alla chiarezza, alla comprensibilità ed alla accessibilità del testo – viene valorizzata con l’obiettivo di educazione finanziaria attraverso la regolamentazione in chiave provvedimentale mediante le delibere del CICR ed i provvedimenti della Banca d’Italia.

Come ricordato in precedenza, la Delibera del Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio del 2003 cristallizza e scolpisce i canoni di accessibilità, trasparenza, comprensibilità e chiarezza estendendoli non solo alla fase precontrattuale antecedente al rapporto ma anche a quella esecutiva.⁵⁴⁴

In tale direzione sono orientati anche i provvedimenti della Banca di Italia, volti non solo a garantire la mera conoscenza delle condizioni economiche sottese alle operazioni finanziarie, ma anche alla comprensione delle conseguenze economiche che da esse derivino.

Infatti, le Istruzioni di Vigilanza per le banche da un lato, ed i Provvedimenti del Governatore dall’altro, hanno inciso sensibilmente sia sul versante informativo sia su quello conoscitivo estendendo l’onere di chiarezza e di comprensibilità anche alla contrattualistica bancaria e, più in generale, finanziaria.

Oltre a ciò, la Circolare della Banca d’Italia del 2009 – alla luce dell’elevato grado di tecnicismo e di specificità che connotano le singole operazioni negoziali – ha dettato regole stilistiche che assicurino l’accessibilità al contenuto economico delle singole clausole, evitando l’utilizzo di un linguaggio eccessivamente settoriale. Tali regole perseguono come fine non solo quello di garantire al contraente aderente una decisione contrattuale matura e consapevole, ma anche quello di assicurargli un’adeguata

⁵⁴³ Sul rapporto intercorrente tra la disciplina della trasparenza consumeristica e quella bancaria, C. B. MORRA, *Il diritto delle banche*, seconda edizione, Trento, 2018, 214; G. ALPA, *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003 33, ritiene invece che il termine «trasparenza» significa *in primis* tutela a favore della platea dei risparmiatori e degli investitori. Sempre G. ALPA, *op. cit.*, p. 3 ss., sottolinea che ormai il termine «trasparenza» sia divenuto polisensu a causa dell’abuso continuo della giurisprudenza e della dottrina in svariati settori. Lo stesso è contrario all’individuazione di un principio generale di trasparenza contrattuale, il giurista è più incline ad individuare diversi livelli di applicazione della trasparenza: un livello macro sistemico, e un livello micro sistemico, frutto della frammentazione normativa speciale.

⁵⁴⁴ L. C. UBERTAZZI, *Banche e concorrenza. Scritti*, Milano, 2007, 227, sottolinea che proprio grazie alla delibera citata la Banca d’Italia ha avuto maggior potere nel formulare precetti specifici in materia di trasparenza bancaria.

conoscenza al fine di individuare il più vantaggioso dei prodotti finanziari offerti sul mercato.

Qualificando le disposizioni sulla trasparenza come regole sul comportamento e non come regole sull'atto, ne deriva che – in linea di continuità con l'apparato rimediabile connesso alla disciplina consumeristica di cui all'art. 35 Cod. cons. – la violazione delle stesse da parte dell'intermediario predisponente genera delle conseguenze di tipo non invalidante ma eminentemente risarcitorie.

Alla luce delle osservazioni svolte, si può concludere che per quanto riguarda il settore bancario, la trasparenza informativa in senso ampio contenuta nel Testo Unico Bancario si arricchisce dei canoni della chiarezza e della comprensibilità sostanziali attraverso l'intervento in chiave regolamentare ed attuativa dei provvedimenti delle Autorità all'uopo competenti.

Con particolare riferimento alla declinazione del canone del *clare loqui* nel contesto e nella sistematica dei contratti finanziari, si esaminerà l'evoluzione del dato normativo volta ad evidenziare una certa forma di sensibilità del Legislatore rispetto a tale principio, attenzionando la particolare esigenza di far accedere il contraente al contenuto economico del rapporto ed alla comprensione delle singole condizioni contrattuali.

La base legale degli obblighi informativi in tema di servizi di investimento è da ricondurre alla L. n. 1 del 1991, a cui successivamente ha fatto seguito il d.lgs. 58/1998, il c.d. Testo Unico recante disposizioni in tema di intermediazione finanziaria (c.d. T.u.f.). Non è mancato chi in dottrina ha evidenziato la sussistenza di un rapporto di *genus ad speciem* tra i canoni stilistici e comportamentali contenuti in tale settore normativo e la generale disciplina del dovere di correttezza e buona fede contenuta nel Codice civile.⁵⁴⁵ Giova ribadire che tale disciplina si pone come obiettivo in chiave teleologica quello di colmare l'asimmetria informativa, che appare come elemento qualificante e caratterizzante il rapporto intercorrente tra l'intermediario finanziario qualificato ed il cliente. Alla luce di tale finalità della normativa che si va esaminando, è possibile evidenziare come tali regole

⁵⁴⁵ R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2010, 138 ss.; A. DI MAJO, *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993, 293; B. INZITARI e V. PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008, 37 ss. C. R. BEDOGNI *Commento all'art. 21*, in C. R. Bedogni (a cura di), *Il testo unico della intermediazione finanziaria: commentario al D. lgs. 24 febbraio 1998*, n. 58, Milano, 1998, 170 ss.; A. SCOTTI, *Obblighi di buona fede e correttezza dell'intermediario finanziario nel rapporto con la clientela professionale*, in *Corr. giur.*, 2013, 1094.

siano comodamente raggruppabili in due macro categorie: da un lato quelle che enucleano degli obblighi di natura strettamente informativa; dall'altro lato, le regole che contengono disposizioni concernenti l'impianto organizzativo degli intermediari. Da ciò emerge che – riprendendo ulteriormente talune riflessioni dogmatiche sopra svolte in termini più generali – che oltre alla tutela del contraente debole, la disciplina in questione ha come finalità anche il corretto funzionamento del mercato concorrenziale.⁵⁴⁶ Infatti, l'inosservanza di tali principi e regole comportamentali determinerebbe una menomazione della fiducia del ceto degli investitori con immediati e pesanti riflessi sugli equilibri di mercato.

In via di ulteriore specificazione, l'art. 21 TUF pare enucleare talune regole informative che sono astrattamente riconducibili – ragionando per categorie generali – alla nozione di trasparenza in senso ampio, e dunque a quei canoni informativi che hanno come precipuo fine quello di far conoscere all'investitore il dato economico dell'operazione.⁵⁴⁷

Spostando l'attenzione alla prospettiva concernente la trasparenza in senso stretto – e dunque quell'assetto di principi e regole volte non soltanto a far conoscere ma anche a far comprendere il dato economico della singola operazione finanziaria –

l'art. 23 TUF prevede l'obbligo della forma scritta per i singoli contratti quadro di investimento a pena di nullità.

Tale quadro normativo così complesso è stato sostituito per effetto dell'intervento della Dir. 2004/39/CEE e del Regolamento Consob del 2007, il quale in alcune norme replica un coacervo di obblighi informativi aventi come principale interlocutore il contraente investitore, concretizzando per tal via le regole della trasparenza in senso ampio. Tuttavia – ed è questo il principale elemento caratterizzante la disciplina contenuta in tale Regolamento – vi sono anche disposizioni che concretizzano il dogma della trasparenza in senso stretto, prevedendo oneri di chiarezza, comprensibilità, accessibilità volti non solo a fare conoscere le condizioni economiche ma anche a farle comprendere tenuto

⁵⁴⁶ F. GRECO, *L'informazione precontrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, 61, il quale sottolinea che nell'ambito dell'informazione finanziaria la chiarezza e la comprensibilità è un'esigenza particolarmente sentita dato che nell'intermediazione finanziaria sono presenti, quasi sempre, tecnicismi complessi, i quali presentano inevitabili margini di «opacità».

⁵⁴⁷F. BELLI- C. G. CORVESE e F. MAZZINI (a cura di), *Argomenti di diritto degli intermediari e dei mercati finanziari*, Torino, 2000, 36; M. CIAN, *L'informazione nella prestazione dei servizi d'investimento: gli obblighi degli intermediari*, in E. Gabrielli e R. Lener (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2011, 218 ss.

conto della specificità del caso concreto, delle esigenze dell'investitore medio e della sua conoscenza tecnica.

Chiudendo l'indagine sui confini della trasparenza nel delicato e complesso settore dei mercati finanziari resta da analizzare il piano delle conseguenze giuridiche derivanti dalla violazione delle regole esaminate. Si tratta di un tema in cui la dottrina ha conosciuto diverse impostazioni, servendosi anche di plurimi argomenti che hanno portato con sé notevoli riflessi applicativi.

Un primo orientamento sul punto ha prospettato l'applicazione dell'istituto della nullità per violazione di norme imperative. *Nulla questio* nel caso delle regole sulla trasparenza in senso lato contenute nel d.lgs. 58/1998. Più complessa l'ipotesi di violazione delle disposizioni contenute nei Regolamenti sopra menzionati: è proprio la tesi sostenuta in tale elaborato a venire in soccorso ai fini dell'applicazione del medesimo rimedio invalidante. Infatti, quantunque nella seconda ipotesi si tratti di una disciplina di natura regolamentare, è la configurabilità di un principio generale di trasparenza che appare configurabile tenuto conto anche di tali disposizioni regolamentari, consentendo di integrare la causa di nullità del contratto di cui all'art. 1418 c.c.

Tuttavia, il primo cortocircuito che concerne la riferita impostazione è di carattere dogmatico: in particolare, l'inosservanza delle norme imperative postula una deficienza dell'atto e non di un comportamento. In altre parole, non può un comportamento integrante una scorrettezza informativa precontrattuale integrare la violazione di una norma imperativa che ha come unico interlocutore l'atto.⁵⁴⁸

In secondo luogo, vi sarebbe un cortocircuito di carattere sistematico: proprio il fatto che il Legislatore abbia specificatamente previsto una forma di nullità che richiama fortemente lo statuto di quella consumeristica, ciò non consentirebbe di estendere *de plano* la regola generale della nullità assoluta in ogni ipotesi di violazione di canoni comportamentali.

Proprio valorizzando il primo degli aspetti critici evidenziati, la giurisprudenza è giunta a concludere per la configurabilità di una responsabilità contrattuale da contatto sociale derivante da contratto valido ma ingiusto.

⁵⁴⁸ Sulla rilevanza della distinzione tra regole sull'atto e regole comportamentali, v. P. LUCANTONI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, in E. Gabrielli e R. Lener (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino 2011, 256.

Quantunque assuma centralità il rimedio della responsabilità contrattuale, non è mancato chi – in parallelo ad essa – abbia postulato l'applicazione dello statuto normativo dei vizi del consenso. *Mutatis mutandis* – ed è in questo frangente che si inserisce il profilo innovativo di tale elaborato – si ritiene di dovere concludere che il punto di arrivo cui è addivenuta la Suprema Corte debba trovare applicazione anche con riferimento all'ipotesi di clausole contrattuali non trasparenti in quanto non solo incapaci di far conoscere ma anche incapaci di far comprendere il reale significato economico delle condizioni contrattuali.

Ad avviso di chi scrive, sarebbe proprio la configurabilità di un principio generale di trasparenza contrattuale a consentire l'estensione delle conclusioni fatte proprie dalla Cassazione non solo alle regole della trasparenza informativa in senso lato ma anche a quelle della trasparenza in senso stretto, maggiormente attenta ai profili di chiarezza, comprensibilità ed accessibilità.

Infine, resta da esaminare la particolare conformazione della regola di trasparenza con particolare riguardo ad una specifica tipologia contrattuale, quella assicurativa.⁵⁴⁹ Anche tale rapporto appare permeato da una forte asimmetria informativa che rafforza l'esigenza di una disciplina volta a colmare tali lacune conoscitive che impediscono il formarsi di una volontà piena e consapevole. Anche in tale specifico settore contrattuale, non assume rilievo solo lo statuto informativo che deve essere messo a disposizione del contraente assicurato, ma anche la capacità di far conoscere il contenuto di tali informazioni affinché il contraente più debole dal punto di vista informativo possa veder colmata tale deficienza di potere contrattuale.

In particolare, tali esigenze erano ben note al Legislatore, il quale le ha cristallizzate nella legge delega, che ha trovato attuazione nel decreto legislativo delegato nel 2005.

Lo statuto normativo della chiarezza e della comprensibilità – *sub specie* di trasparenza – è collocato agli artt. 166 ss. del Codice delle assicurazioni private.⁵⁵⁰ A sostegno della tesi che si è inteso sostenere nel presente elaborato – ovvero che esisterebbe un principio

⁵⁴⁹ La chiarezza e la comprensibilità contrattuale è disciplinata anche nel d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209 ovvero il Codice delle Assicurazioni Private. Si vedano nello specifico gli artt. 119 bis e 121 sexies.

⁵⁵⁰ S. NITTI, *Duty of disclosure nel contratto di assicurazione. Analisi comparata tra sistema italiano e sistema inglese*, in *Dir. ec. ass.*, 586, il quale sottolinea che gli obblighi informativi contenuti nelle norme citate e negli artt. 185 bis, 185 ter, 186 e 187 hanno come obiettivo comune quello di fronteggiare l'asimmetria informativa che intercorre tra le compagnie di assicurazioni e la clientela.

generale di trasparenza configurabile sulla base delle disposizioni che si sono fino ad ora esaminate, e capaci di trovare applicazione financo con riferimento alle condizioni generali di contratto – occorre rilevare che tale disciplina non è settorialmente dedicata al solo contraente debole in senso economico, bensì a qualsivoglia contraente che risulti gravato da un'asimmetria informativa che incida sensibilmente sulla forza contrattuale: per tal via si giunge ancora volta alla soluzione dell'esistenza di un canone generale di trasparenza in grado di lambire anche i rapporti intercorrenti tra professionisti.⁵⁵¹ La particolare pregnanza – sotto il profilo delle condizioni e delle ricadute economiche – delle clausole contrattuali inserite in tali contratti spinge verso la configurabilità di un principio generale di trasparenza contrattuale.

Quanto alla delimitazione oggettiva di tale onere, quantunque non emerga dal tenore letterale della norma uno specifico riferimento alle clausole unilateralmente poste, appare ragionevole concludere che – tenuto conto del fatto che statisticamente il contratto di assicurazione non è negoziato dalle parti – anche nel caso di trattativa, alla luce dell'elevato tecnicismo che permea l'intera disciplina, l'onere di *clare loqui* gravi sul contraente assicuratore.⁵⁵²

⁵⁵¹ Non distingue tra contraente debole e professionista, M. DE POLI, *La nuova disciplina dell'impresa di assicurazione, il nuovo codice delle assicurazioni*, Milano, 2006, p. 864, ai fini della consegna del documento.

⁵⁵² Come è stato sottolineato in più parti del presente lavoro, in alcuni settori, come quelli poc'anzi citati come ad esempio quello bancario o finanziario, anche i professionisti, nel momento in cui si trovano a stipulare un contratto, possono trovarsi in una situazione di sostanziale debolezza nei confronti dell'istituto di credito, per molteplici fattori, quali l'asimmetria informativa (tutt'oggi esistente), maggior potere contrattuale, che di fatto possono rendere la posizione del professionista debole in un modo non troppo diversa da quella in cui normalmente si trova il consumatore. Detto ciò, a parere di chi scrive, dallo studio complessivo (per quanto sommariamente trattati) dei testi normativi citati (cod. cons., t.u.b. t.u.f. codice delle assicurazioni) e dal valore normativo dei principi, in primis il solidarismo, è possibile affermare l'esistenza di un principio generale di trasparenza contrattuale, anche nei contratti stipulati e conclusi tra i professionisti. In qualsiasi contratto, specialmente quelli il cui regolamento viene unilateralmente predisposto, è necessario rispettare sia il principio di trasparenza, sia l'altra (o le altre) parte in quanto persona. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 2ª ed., Napoli 2006, 555, scrive che è doveroso «individuare un sistema del diritto civile maggiormente armonizzato ai principi fondamentali, in particolare, ai bisogni esistenziali della persona; ridefinire il fondamento e l'estensione degli istituti civilistici, sottolineando il loro aspetto funzionale in un tentativo di rivitalizzare le singole normative». In conclusione, è necessario che i civilisti facciano «uno sforzo di ammodernamento dello strumentario e, in particolare, della teoria dell'interpretazione contribuendo così alla creazione del diritto civile costituzionale». Non molto lontano da questo pensiero, A. CANDIAN, *Art 32 bis. Tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, in M. Frantini e G. Gasparri (a cura di), *Il testo unico della finanza*, Torino, 2012, p. 518, il quale afferma, da un lato, che «la terminologia generica di investitori è possibile riferirla sia agli investitori-consumatori e sia agli investitori persone giuridiche o enti di fatto che, pur essendo persone fisiche, concludano contratti di investimento finanziario (anche per fini rientranti nell'attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale), e dall'altro che è doveroso estendere alla categoria più ampia di «investitori» i rimedi preposti per i consumatori.

Da un esame attento della disposizione in esame non può farsi a meno di rilevare che la dicotomia di cui all'art. 35 Cod. cons. è stata sostituita da un onere monolitico di chiarezza, cui è stato accostato un obbligo di rendere il contenuto esauriente in senso relativo.

Le due disposizioni in esame presentano forti profili differenziali anche sul piano dell'interlocutore: se da un lato, infatti, il Codice del consumo si riferisce al significato economico delle singole condizioni contrattuali, dall'altro lato, la disciplina sulle assicurazioni ha come diretto interlocutore l'intero regolamento negoziale. Ancora una volta il canone generale di trasparenza si nutre delle regole dell'ermeneusi contrattuale, secondo cui il significato di una singola clausola va colto con riferimento all'intero apparato negoziale.

Oltre a ciò, l'art. 166 Cod. ass. priv. fissa per le clausole più onerose per l'aderente un onere di particolare evidenza.

Infine, l'art. 3 della circolare Isvap del 2005 fissa: un onere di chiarezza e comprensibilità; un obbligo di predisposizione di un prontuario per la chiarificazione e la comprensione delle nozioni più complesse; oneri testuali di natura formale teleologicamente orientati alla corretta comprensione del testo.

Sulla base del rilievo per il quale nulla dice la legge sul piano delle conseguenze derivanti dall'inosservanza degli obblighi testé esaminati, si può facilmente concludere per la possibilità di attivare una pretesa risarcitoria, salva la possibilità di ritenere ammissibile una forma di invalidazione del contratto inficiato da un vizio della volontà.

CAPITOLO IV

La dimensione multilivello del principio di trasparenza.

SOMMARIO: 1. L'impatto del diritto sovranazionale nella tutela del contraente aderente: il canone di chiarezza e comprensibilità e le direttive comunitarie; 2. La configurabilità di uno spazio operativo europeo per il principio di trasparenza; 3. La rilevanza del principio di effettività nel confronto tra la disciplina interna e disciplina europea; 4. Il principio di proporzionalità come corollario della trasparenza contrattuale 5. La compatibilità del modello del contraente debole con la figura del cliente professionista. 6. Il limite della tutela meramente formale ed il ruolo del Legislatore europeo nella nuova lettura della disciplina in tema di condizioni generali di contratto; 7. Conclusioni.

1. L'impatto del diritto sovranazionale nella tutela del contraente aderente: il canone di chiarezza e comprensibilità e le direttive comunitarie.

All'esito dell'indagine che si è condotta sugli spazi di operatività di un principio generale di chiarezza e comprensibilità in tema di condizioni generali di contratto, si è posto in evidenza come tale obiettivo della ricerca trovi la sua ragion d'essere principale nell'intento di mettere a fuoco una tutela del contraente aderente che presenti una natura sostanziale. In tale senso si è ritenuto di poter proporre una lettura innovativa della disposizione di cui all'art. 1341 c.c., in forza della quale le condizioni contrattuali unilateralmente poste dal professionista predisponente sono vincolanti per l'aderente solo quando quest'ultimo, oltre a maturare la consapevolezza della loro esistenza, abbia avuto quantomeno la possibilità di cogliere il significato del contenuto economico della singola clausola.

Le conclusioni a cui si è pervenuti nell'indagine svolta nelle tre sezioni dell'elaborato che precedono, hanno messo in evidenza la necessità di far dialogare l'ordinamento interno e quello sovranazionale, improntando tali ricerche ad una logica monista di reciproca compenetrazione e coordinamento tra settori di un ordinamento che appare come unitario. A rafforzare la tesi della configurabilità di un principio generale⁵⁵³ di chiarezza e comprensibilità vi è anche il dato normativo sovranazionale, che contribuisce a fornire validi ed ulteriori argomenti letterali e sistematici a favore dell'operare di tale canone generale.

Più nello specifico, focalizzando l'attenzione sulla natura giuridica del principio in questione⁵⁵⁴, esso è piegato ad una funzione che non è solamente ricognitiva e argomentativa bensì anche precettiva, volta a operare sul piano delle tutele che l'ordinamento appresta al contraente debole.

L'oscurità del contenuto della singola clausola contrattuale – anche alla luce della Relazione al Re – rappresenta un tema rispetto al quale anche il Legislatore del 1942 ha mostrato una certa forma di sensibilità⁵⁵⁵.

In particolare, l'art. 1370 c.c. scolpisce la regola di derivazioni romanistica in base alla quale il rischio dell'ignoto grava sul contraente predisponente: in caso di dubbio, l'interprete avrebbe dovuto dar prevalenza ad un significato della singola clausola contrattuale contrario a quello che costituiva oggetto dell'interesse del contraente forte. Oltre al Legislatore, anche i giudici di legittimità si sono preoccupati di definire i limiti di tale canone, chiarendo che in caso di espressioni compatibili con una pluralità di significati occorre attivare i criteri ordinari dell'ermeneutica contrattuale. Solo qualora attraverso quest'ultimi non sia possibile indagare la comune volontà, si procederà ad individuare uno dei significati astrattamente riconducibili alla lettera della clausola.

In questo contesto⁵⁵⁶, in tutta risposta ad un processo di integrazione europea che iniziò con la cessione da parte dei singoli Stati membri di una quota della loro sovranità,

⁵⁵³ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II ed., Napoli 2006, 544 ss. il quale pone in evidenza la possibile natura immediatamente precettiva del principio;

⁵⁵⁴ F. VIOLA, in ID e G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari, 1999, 375, il quale osserva che i principi «sono diritto positivo a tutti gli effetti e svolgono indubbiamente una funzione precettiva».

⁵⁵⁵ Una certa sensibilità nei confronti della funzione precettiva del principio di trasparenza sul piano della giurisprudenza sovranazionale è mostrata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea. Sul punto, v. il caso Van Hove c. CNP Assurances SA, Corte Giust., 23 aprile 2015, Causa C-96/14, su *Federalismi*.

⁵⁵⁶ La chiarezza e la comprensibilità contrattuale sono disciplinate anche da altre fonti nazionali che regolamentano determinati settori: d. lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (T.u.b.) per quanto concerne il settore

il diritto privato nazionale è stato lambito negli ultimi anni da un fenomeno di forte comunitarizzazione.

L'esito di tale fenomeno⁵⁵⁷ porta con sé talune implicazioni di rilievo, tra cui il venir meno della centralità dello Stato nazionale. La comunitarizzazione del diritto privato – con riferimento all'esame del problema che si è affrontato – è ispirata ad una logica di libera concorrenza del mercato comune che renda possibile una tutela omogenea ed effettiva del contraente debole. Il registrato fenomeno di europeizzazione del diritto dei contratti ha dovuto combinarsi con la sempre più pregnante istanza di tutela dei diritti fondamentali del singolo. La compenetrazione di tali fattori – sia quello economico, volto alla creazione di un mercato unico concorrenziale; sia quello sociale volto a dare rilievo preminente alla centralità dell'individuo – ha posto il problema di individuare la natura giuridica ed il contenuto della tutela che possa essere approntata in favore del contraente gravato da una posizione di asimmetria informativa, a prescindere dalla sua qualificazione in termini di consumatore.

Chiarita la centralità del ruolo del diritto eurounitario e convenzionale nell'evoluzione della disciplina a tutela del contraente debole, sembra opportuno individuare le fonti più importanti del diritto sovranazionale che consentono di predicare la configurabilità di un principio generale di trasparenza nel contrarre. Come evidenziato in apertura della presente trattazione, l'evoluzione del mercato concorrenziale in chiave europea ha rappresentato un motivo determinante nel passaggio dalla contrattazione mediante trattative alla conclusione del contratto unilateralmente predisposto mediante la tecnica del c.d. “point and click”, valorizzando il ruolo dell'autonomia negoziale nella scelta di modalità di perfezionamento del contratto maggiormente rispondenti agli interessi delle parti.⁵⁵⁸

L'avvento di tale nuova forma di contrattazione ha condotto all'attuazione della direttiva 2000/31/CE mediante il d.lgs. n. 70 del 2003 (C.d. Codice dell'*e-commerce*),

bancario, d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (T.u.f.) per il settore dell'intermediazione finanziaria, d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle Assicurazioni Private) per il settore assicurativo e in fine dal d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (cod. cons.) per i consumatori.

⁵⁵⁷ Si ricordi sul punto, la celebre sentenza della Corte Giust. Van Gend & Loos del 5 febbraio 1963, causa C26/62, con la quale i giudici di Lussemburgo hanno precisato che la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale.

⁵⁵⁸ In origine era prevalente l'idea di collocare i contratti telematici nella dogmatica dell'oggetto contrattuale ovvero essi venivano definiti come contratti con un oggetto informatico, così G. FINOCCHIARO, *I contratti ad oggetto informatico*, Padova 1993, 126 ss.

disciplina volta a promuovere la libera circolazione di servizi della società dell'informazione, fra i quali il commercio elettronico.⁵⁵⁹

I profili problematici connessi a tale forma di contrattazione concernono, da un lato l'opacità contenutistica delle proposte contrattuali contenute sul web e, dall'altro lato, la rilevante asimmetria informativa ed economica che caratterizza i rapporti tra professionista e consumatore o tra professionisti.

Una prima nota conclusiva della presente trattazione vuole evidenziare come l'asimmetria informativa non sia una prerogativa del c.d. secondo contratto, potendo la stessa trovare spazio anche nel contratto tra professionisti. In tal senso si è evidenziato come l'obiettivo di correggere tale asimmetria è funzionale non solo alla tutela della parte debole ma anche del mercato concorrenziale.

I rischi connessi a tale squilibrio informativo sono considerati dalla disciplina contenuta nella direttiva 93/13/CEE – ed attuata nell'ordinamento italiano – in materia di clausole vessatorie nella contrattazione consumeristica. Da tale complesso normativo si è cercato di mettere in evidenza quali siano gli argomenti più pregnanti ai fini della configurabilità di un principio generale di trasparenza nel contrarre che operi non solo nella disciplina settoriale consumeristica ma in tutti i rami dell'ordinamento civile.

In secondo luogo, la direttiva 2005/29/CEE in tema di pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno, costituisce un'ulteriore base legale per l'individuazione di strumenti volti a colmare tali forme di asimmetrie informative. Autorevoli voci in letteratura hanno sottolineato come tale disciplina sia posta non solo a tutela del consumatore, ma anche del mercato concorrenziale.⁵⁶⁰

Finalità complementari sono perseguite dalla direttiva 98/6/CEE⁵⁶¹ che reca disciplina sulla protezione del consumatore in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti.

⁵⁵⁹ A. CARLEO, *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 294. Secondo l'A. la finalità primaria di detta normativa è quella di promuovere la libera circolazione dei servizi della società dell'informazione, fra i quali il commercio elettronico.

⁵⁶⁰ G. MARINO, *Scorrettezza della pratica ad abusività della clausola nella disciplina del contratto del consumatore*, in *Contratti e impresa*, 2014, 150, il quale commenta questa direttiva come uno strumento che si colloca a metà strada tra la tutela del consumatore e tutela della concorrenza.

⁵⁶¹ Pubblicata sul sito eur-lex.europa.eu consultabile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/LSU/?uri=CELEX:31998L0006>.

Infine, nel paradigma delle tutele sovranazionali della chiarezza e comprensibilità del contratto si iscriva anche la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, che ha recato modifiche alla direttiva 93/13/CEE, 94/44/CEE ed ha disposto l'abrogazione della direttiva 85/577/CEE in materia di contratti negoziati al di fuori di locali commerciali e della direttiva 97/7/CEE in materia di protezione dei consumatori nei contratti a distanza. Tra le finalità della direttiva del 2011, vi è da segnalare quella di attuare una forma di armonizzazione minima con riguardo agli elementi comuni dei contratti a distanza e di quelli negoziati al di fuori dei locali commerciali. In particolare, gli artt. 5 e 6 della citata direttiva cristallizzano degli obblighi di trasparenza e di informazione distinguendo tra la categoria dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali o a distanza e gli altri contratti.

La direttiva 2011/83/UE ha ricevuto attuazione nell'ordinamento interno in forza del d.lgs. n.21 del 2014, recante modifiche agli artt. 45-67 Cod. cons. La nuova disciplina fissa una pletora di obblighi informativi in capo al professionista nella fase delle trattative.⁵⁶² Ciò che preme evidenziare concerne il fatto che l'art. 48 Cod. cons. prevede alcune tipologie di tali obblighi informativi con riferimento ai contratti diversi da quelli conclusi nei locali commerciali o dai contratti a distanza. Da tali riflessioni si può agevolmente concludere che le regole del *clare loqui* investano ogni forma di contrattazione che vincoli un consumatore ad un professionista.

Ciò premesso con riferimento alle principali fonti sovranazionali che lambiscono il tema della trasparenza, chiarezza e comprensibilità del contenuto del contratto, va da ultimo ricordato come in tale contesto assuma una centrale rilevanza la direttiva 93/13/CEE in tema di clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Diversamente dalle fonti fin qui citate, tale direttiva fissa *in parte qua* una serie di obblighi informativi che si applicano alla generalità dei contratti tra il professionista ed il consumatore, a prescindere dal singolo tipo contrattuale.⁵⁶³ Come già evidenziato nella prima sezione della presente trattazione, tra le finalità preminenti della direttiva 93/13/CEE si ricordano la tutela del mercato concorrenziale nonché la tutela del contraente debole. Proprio la valorizzazione della natura proteiforme dell'argomento teleologico ha rappresentato uno

⁵⁶²Così in G. DE CRISTOFARO: *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Riv. dir. civ le nuove leggi civili commentate*, Milano, 2014, 918.

⁵⁶³ Così nella causa C-147/16, Karel De Grote, punto 54.

degli elementi centrali nella valorizzazione di un canone generale di trasparenza applicabile ad ogni contratto unilateralmente predisposto.⁵⁶⁴

Dalle considerazioni svolte sulla centrale rilevanza del dato letterale contenuto in tale direttiva si può trarre la conclusione in forza della quale appare triplice la funzione della trasparenza contrattuale.

In primo luogo, ai sensi dell'art. 5 direttiva 93/13/CEE, le clausole contrattuali che non rispettano i canoni della chiarezza e della comprensibilità devono essere interpretate *contra proferentem*. In secondo luogo, ai sensi dell'art. 4, par. 2 della stessa direttiva, l'oggetto contrattuale o il *quantum* dello scambio sono suscettibili di un giudizio di abusività, solo ed esclusivamente nell'ipotesi in cui tali clausole non siano chiare e comprensibili.⁵⁶⁵ Infine, l'inosservanza degli obblighi di trasparenza costituisce elemento di valutazione del carattere abusivo della clausola e può addirittura essere sintomatica essa stessa dell'abusività della clausola.

In conclusione, i profili problematici sottesi alla presente trattazione ruotano attorno ad un paradosso di fondo: pur essendo stata l'Italia uno dei primi Paesi in Europa a dedicare una disciplina alla vessatorietà delle clausole – con i limiti che si sono evidenziati –, al tempo stesso la disciplina in questione ha rappresentato una sorta di deterrente per le innovazioni concernenti la tutela del contraente debole.

⁵⁶⁴ Nel secondo considerando infatti la direttiva persegue la finalità di ridurre le notevoli disparità legislative di condizioni nei contratti stipulati con i consumatori appartenenti ai diversi Stati membri, la finalità di evitare distorsioni di concorrenza tra i venditori di beni ed i prestatori di servizi, soprattutto in caso di commercializzazione in altri Stati.

⁵⁶⁵ V. RIZZO, *Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994, p. 591 ss., specifica che il controllo di vessatorietà delle clausole viene ristretto solo a quelle che non siano state «oggetto di negoziato individuale», il legislatore europeo quindi rinuncia ad un controllo esteso anche alle clausole negoziate individualmente. Tuttavia, il controllo non viene appiattito solo alle condizioni generali di contratto. Il legislatore europeo dimostra di aver maturato la consapevolezza che le clausole abusive possono essere contenute anche nei contratti negoziati individualmente (non per forza di massa) ove esiste una disparità di potere tra le parti contraenti.

2. La configurabilità di uno spazio operativo europeo per il principio di trasparenza.

Oltre al dato normativo racchiuso nella lettera delle direttive di derivazione comunitaria, il canone generale di *clare loqui* può legittimamente trovare la sua fonte in un principio generale di trasparenza, sulla scorta del rilievo per il quale può configurarsi un'efficacia immediatamente precettiva del principio che rappresenta la concretizzazione del suo antecedente logico astratto: il valore.

Prendendo le mosse da un'analisi che si iscrive nella più ampia dogmatica della teoria generale del diritto, l'individuazione di un principio generale dell'ordinamento può apparire problematica in ragione delle più diverse qualificazioni del principio – quale universale, generale, europeo – e delle difficoltà connesse alla fissazione di una linea di confine con il concetto di regola giuridica.⁵⁶⁶

L'utilità dell'operatività del principio⁵⁶⁷ è quella di astrarre la regola giuridica al fine di consentire che essa possa trovare applicazione in una pluralità di casi connotati da una omogeneità di *ratio*: in tal senso – con gli opportuni accorgimenti – è possibile creare una linea di continuità tra l'utilizzo del modello contrattuale standardizzato di cui all'art. 1341 c.c. in un numero considerevole di casi non aprioristicamente definibile, e l'operatività del principio in una serie indefinita di rapporti contrattuali, consentendo di adattarsi alla mutevolezza della realtà sociale e tecnologica.

Quanto alla funzione del principio – con particolare riferimento a quello della trasparenza nel contesto dei rapporti contrattuali – vi è da evidenziare che in molti casi esso trae legittimazione da una forma di incompletezza dell'ordinamento giuridico, come ampiamente evidenziato nel sottolineare i limiti di una tutela solo formale dell'aderente

⁵⁶⁶ A. FEDERICO, *Applicazione dei principi generali e funzione nomofilattica*, in *Rass. dir. civ.*, XXXIV, 3, 2018, 797; N. LIPARI, *Intorno ai principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.* 2016, 33.

⁵⁶⁷ G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi* in *Tratt. dir. civ. comm.*, F. Messineo e L. Mengoni continuato da P. Schlesinger, Milano, 2014, 420.

alle condizioni generali di contratto unilateralmente poste dal contraente professionista predisponente.

Tali principi trovano origine non solo nel tessuto normativo ordinamentale, ma possono essere enucleati e resi operativi dall'interprete nell'applicazione della legge.

In tale dimensione di colloca il ruolo svolto dalla Corte di Giustizia nell'individuazione dei confini applicativi del principio di trasparenza nella delicata materia della contrattazione bancaria.

Come posto in evidenza nei paragrafi che precedono, centrale è stato il ruolo della giurisprudenza comunitaria nell'individuazione del ruolo del canone generale di chiarezza e comprensibilità all'interno del giudizio di vessatorietà delle clausole abusive. In particolare, i profili problematici affrontati dalla Corte di Giustizia negli ultimi anni riguardano da un lato il grado di opacità della clausola contrattuale richiesta ai fini di un'esitazione positiva della valutazione della stessa come abusiva; dall'altro lato, i requisiti in forza dei quali una clausola non trasparente risulta interpretabile *contra stipulatorem*.

Il risultato pratico che si evince dall'analisi svolta è che l'operatività del principio di trasparenza⁵⁶⁸ così enucleato non deve essere limitata ad una dimensione esclusivamente semantica, letterale e grammaticale del testo della clausola contrattuale, ma deve spingersi fino al contenuto economico della clausola stessa, consentendo all'aderente di cogliere la portata economica delle conseguenze derivanti dall'adesione a quel regolamento contrattuale. In ciò risiede la sensibile differenza tra l'onere di far conoscere e quello di far comprendere.⁵⁶⁹

Quanto all'operatività di tale principio, si è cercato di distinguere dal punto di vista qualitativo l'obbligo informativo dall'obbligo di trasparenza. Da un lato l'obbligo informativo è diretto a soddisfare l'interesse di conoscere la clausola contrattuale ed a colmare l'asimmetria informativa che connota la relazione tra le parti, dall'altro, l'obbligo di chiarezza e comprensibilità – in cui si concretizza il principio generale di trasparenza

⁵⁶⁸ Sulla distinzione, tra i tanti, P. PERLINGIERI, *I principi giuridici tra pregiudizi, difficoltà e conservatorismo*, in AA.VV., *Politica criminale e cultura giurisprudenziale*. Scritti in onore di Sergio Moccia, Napoli, 2017, 197; A. ZOPPINI, *Il diritto privato e le libertà fondamentali dell'Unione Europea (principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)* in *Riv. dir. civ.* 2016, 712; P. STANZIONE – B. TROISI, *Principi generali del diritto civile*, Torino, 2011, 1 s.

⁵⁶⁹ Si consideri il caso Ungherese *Árpád Kásler e Hajnalka Kásler né Rábai* contro *OTP Jelzálogbank ZRT*. Corte Giust., 30 aprile 2014, c. 26/13 consultabile su curia.europa.eu inerente alle clausole relative ai corsi di cambio nei contratti di credito in valuta straniera.

– è volto a colmare una forma di asimmetria cognitiva al fine di soddisfare l’interesse del contraente aderente non solo a conoscere ma soprattutto a comprendere il peso economico dell’operazione contrattuale.

Delineato lo spazio operativo del principio di trasparenza in rapporto all’obbligo di informazione, l’attualizzazione in concreto del principio di trasparenza varierà a seconda del settore applicativo di riferimento. Esaminando tale principio con particolare riguardo al settore del diritto bancario, la regola della trasparenza acquista una notevole importanza, richiedendo che l’intermediario finanziario tenga una condotta funzionale non solo a far conoscere⁵⁷⁰ – attraverso la redazione di clausole redatte da un punto di vista semantico in modo chiaro e comprensibile –, ma anche a far comprendere il contenuto economico del contratto, rappresentandone i profili di aleatorietà.

Con riferimento alla portata del principio di trasparenza, nella parte in cui si concretizza in un obbligo di informazione volto a chiarire il contenuto a cui sarà vincolato il contraente aderente⁵⁷¹, è possibile metterne in evidenza anche i relativi limiti. In particolare, l’abuso di contenuto informativo da parte del professionista corre il rischio di vanificare le finalità sottese a tale principio.

Alla luce di tali considerazioni, appare meritevole di una certa considerazione la soluzione praticata da coloro i quali paventano una forma di uso selettivo⁵⁷² dell’informazione, al fine di defalcare ogni contenuto pleonastico volto a limitare la libertà dell’aderente di autodeterminarsi in modo pieno e consapevole.

Tenuto conto delle riflessioni svolte con particolare riguardo al ruolo della trasparenza nel giudizio di vessatorietà ex art.4 della direttiva 93/13/CEE e 34 Cod. cons., è possibile concludere con un’indagine circa la scindibilità dei concetti di chiarezza e comprensibilità alla luce di tale disciplina. In particolare, proprio alla luce della configurabilità di un principio generale di trasparenza – come tale applicabile ad una varietà di rapporti contrattuali diversi tra loro e connotati da specifici profili caratterizzanti – appare non pienamente soddisfacente l’impostazione che ravvisa la configurabilità di un’endiadi tra i concetti di chiarezza e di comprensibilità.

⁵⁷⁰ Sulla distinzione tra asimmetria in senso informativo ed in senso cognitivo, v. L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, in tit. cred.*, 1997, I, 17 ss.

⁵⁷¹ Così M. F. CAMPAGNA, *Contratto di credito e trasparenza: recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, in *La NGCC* 2018, 502 ss.

⁵⁷² Così M. F. CAMPAGNA, *op. cit.*, p. 510, il quale precisa che l’abuso d’informazione viene ampiamente stigmatizzato negli Stati Uniti D’America.

Se da un lato la chiarezza concerne la struttura logico grammaticale della clausola, dall'altro lato la comprensibilità concerne il pieno accesso da parte del contraente debole al contenuto economico del contratto. La possibilità di uno spazio operativo del principio generale di trasparenza si giustifica in relazione ad una natura composita del canone di chiarezza e comprensibilità, garantendo la piena autodeterminazione del contraente aderente, sia che si tratti di un consumatore ai sensi dell'art. 2 dir. 93/13, sia che si tratti di un contraente professionista.

In conclusione, tale riflessione non è scevra di un precipitato applicativo. In particolare, alla luce di un argomento letterale e sistematico, si evidenzia come la chiarezza costituisce un *prius* logico della comprensibilità. Infatti, se da un lato una singola clausola contrattuale non può essere comprensibile se difetta del requisito della chiarezza, dall'altro lato una clausola chiara sotto il profilo logico-grammaticale può risultare in concreto non pienamente accessibile da parte del contraente debole.

3. La rilevanza dei principi di effettività e di proporzionalità nel confronto tra la disciplina interna e quella europea.

La centrale rilevanza del principio di trasparenza nella materia del diritto dei contratti intercetta un secondo principio fondamentale di derivazione comunitaria. In forza del principio di effettività della tutela giurisdizionale, solamente un pieno accesso da parte del contraente debole al contenuto economico del regolamento contrattuale consente di azionare in giudizio le pretese creditorie che si assumono lese dalla condotta del professionista predisponente o di esercitare diritti previsti dal regolamento contrattuale.⁵⁷³ Un esempio concreto consentirà di chiarire al meglio: se la clausola che prevede il diritto di recesso violasse i canoni di chiarezza e comprensibilità come sopra descritti dal punto

⁵⁷³ Se questa clausola non dovesse essere redatta secondo i canoni di chiarezza e comprensibilità e, a causa della sua «opacità», non dovesse essere compresa dal consumatore, determinerà una limitazione dei propri diritti.

di vista contenutistico, ciò determinerebbe una forte compressione dei diritti dell'aderente.

Il principio di effettività della tutela viene dunque lambito dalla trasparenza contrattuale determinando una proiezione delle riflessioni svolte dal piano sostanziale a quello processuale.⁵⁷⁴ Ne deriva che il principio di effettività in tale particolare contesto segna il passaggio da un momento statico ad una dimensione dinamica di tutela piena dei poteri e delle facoltà che costituiscono il contenuto dei diritti soggettivi che sono in capo al contraente aderente. In questa prospettiva, il principio di effettività della tutela rappresenta il completamento della funzione principale della disciplina posta dalla direttiva 93/13/CEE, ovverosia quella di tutela del mercato concorrenziale europeo.

Tale finalità è perseguita dal Legislatore europeo mediante la tecnica della c.d. armonizzazione minima, volta a creare il c.d. *minimum standard*.⁵⁷⁵ Si tratta di una disciplina comune a tutti gli ordinamenti degli Stati membri, rispetto alla quale essi possono derogare esclusivamente *in melius*, senza la possibilità di dar vita ad un trattamento peggiore. Ciò contribuisce a rinforzare la funzione nomopoietica dell'organo giurisdizionale che di fatto giunge a creare la regola del caso concreto.

Concludendo l'indagine sulle ricadute applicative del principio di effettività di derivazione comunitaria, la direttiva in questione *in parte qua* deve essere letta unitamente alla disciplina prevista dall'art. 12 TFUE, nonché dagli artt. 38 e 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea del 2000.

Al fine di verificare l'ampiezza operativa del principio comunitario di effettività rispetto a quello ordinamentale interno, occorre ricordare che la direttiva in esame, oltre alla tutela del mercato concorrenziale e del contraente debole, persegue anche una funzione armonizzante nel significato sopra descritto. Ciò significa che, a fronte della scelta del Legislatore interno di dare attuazione alla direttiva senza alcuna previsione di deroghe *in melius*, il giudice interno potrebbe optare per la disapplicazione della disciplina in esame argomentando per l'astratta compatibilità del concetto di tutela

⁵⁷⁴ G. ARIETA e F. DE SANTIS, *Corso base di diritto processuale civile*, settima edizione, Padova Milano, 2019, 3.

⁵⁷⁵ Si tratta della funzione della c.d. armonizzazione minima, come emerge dalla Relazione della Commissione «sull'applicazione della direttiva 93/13/CEE» COM 2000 248 definitivo, 27 aprile, 2000.

minima con una pluralità di contenuti.⁵⁷⁶ In tal senso, alla luce del principio di effettività della tutela, il giudice nazionale potrebbe astrattamente disapplicare la disciplina *in parte qua* e creare una regola pretoria di equivalenza tra il carattere non trasparente della clausola contrattuale e la sua vessatorietà⁵⁷⁷.

Tale conclusione postula una lettura in senso ampio del principio di effettività, secondo una nozione che non abbraccia solo il significato classico di garanzia di tutela dei diritti ma anche l'accezione volta ad individuare la disposizione che in concreto realizzi il maggior grado di tutela del contraente debole.

In chiave critica, sembra potersi evidenziare che il potere di disapplicazione da parte del giudice nazionale può trovare impiego con riferimento ad una disciplina europea direttamente applicabile e che incida in modo specifico su una determinata fattispecie. Ciò spiega perché consentire al giudice l'individuazione e la creazione della norma applicabile al caso concreto, determinerebbe uno spostamento dal problema dell'atto di posizione della norma all'atto di riconoscimento della norma stessa.

Se così fosse, si consentirebbe all'operatore giuridico di servirsi del principio di effettività della tutela per finalità del tutto eccentriche rispetto a quelle originariamente riconosciute, consentendo di creare una regola del caso concreto. Tali considerazioni sembrano avvalorate dall'ulteriore riflessione secondo la quale il principio di effettività non è un principio autosufficiente, in quanto esso trae vita dalla fonte nazionale che lo recepisce. Tuttavia, chi fissa *ex ante* la norma è il Legislatore nazionale, non potendosi riconoscere tale potere in capo a chi è gravato dell'obbligo di applicare la legge.⁵⁷⁸

Un secondo profilo problematico è connesso al principio di autonomia procedurale degli ordinamenti interni, il quale ha come conseguenza il proliferare di normative processuali eterogenee nei singoli ordinamenti degli Stati membri. Ad arginare tale profilo problematico sono state le plurime pronunce della Corte di Giustizia che

⁵⁷⁶ Sulla compatibilità tra il fenomeno dell'armonizzazione minima e le c.d. clausole generali, v. G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione Europea tra principi e regole*, Torino, 2018, 35-36; S. PATTI, *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in P. Rescigno- S. Patti, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016, 157.

⁵⁷⁷ S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 36, ribadisce che «In effetti potremmo chiosare che è da *Freiburger Kommunalbauten* (CGUE 1 aprile 2004, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft E Co, Contro Movil Milenium*) che la Corte di Giustizia ripete il recitativo per cui la valutazione *ex fide bona* di abusività di una clausola, ai sensi dell'art. 3 della direttiva 93/13 CEE è affare del giudice nazionale». «Alla Corte di Giustizia spetta interpretare i criteri generali posti dal legislatore europeo per definire la nozione di abusività».

⁵⁷⁸ Sul punto v. N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit. in G. D'amico, S. Pagliantini, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione Europea tra principi e regole*, Torino, 2018, 81.

hanno contribuito a definire il contenuto del diritto ad un ricorso effettivo, come scolpito dall'art. 47 della Carta di Nizza.

Quanto alla sua dimensione contenutistica, tale principio può essere declinato secondo tre direttrici.

In primo luogo, il diritto di accesso alla giustizia non deve essere reso eccessivamente limitato.⁵⁷⁹ In secondo luogo, in base al giudizio di equivalenza occorre verificare se la situazione soggettiva di derivazione comunitaria goda della stessa tutela prevista dall'ordinamento interno per situazioni omogenee. Infine, occorre che sia predisposto il rimedio processuale più ragionevole, volto ad impedire il protrarsi di condotte abusive da parte del professionista.

Tali linee guida hanno cercato di seguire le discipline contenute nel Titolo III, Parte II Cod. cons. in materia di pratiche commerciali scorrette, pubblicità ed altre comunicazioni commerciali.

Oltre a ciò, il principio di effettività ha trovato un adeguato rafforzamento in ragione del dialogo cooperativo tra Corti nazionali e sovranazionali, soprattutto a fronte di una diversa attuazione del principio di effettività nei singoli ordinamenti.⁵⁸⁰

Alla luce di tali considerazioni ciò che rileva per il Legislatore comunitario e per la stessa giurisprudenza nazionale è il fine della disciplina, non il *quomodo* attraverso cui esso è raggiunto dal Legislatore nazionale. In materia di giudizio di abusività delle clausole vessatorie contenuto nel Codice del consumo, il Legislatore europeo si limita a sancire la generica non vincolatività delle clausole qualificate come vessatorie, dimostrandosi indifferente alla modalità attraverso cui tale risultato sia raggiunto. In tale senso il Legislatore europeo, nello stabilire la non vincolatività delle singole clausole abusive –

⁵⁷⁹ Tuttavia, è doveroso precisare che, in ossequio al diritto dell'UE, il principio della tutela giurisdizionale effettiva dei consumatori sancisce il diritto di accesso non ad un doppio grado di giudizio, ma solo ad un giudice, in tal senso Corte giust., 17 luglio 2014, c. 169/14, *Sanchez Morcillo e Abril Garcia c. Banco Bilbao*. Consultabile su Curia.europa.eu.

⁵⁸⁰ F. G. VITERBO, *Il controllo di abusività delle clausole nei contratti bancari*, collana *Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università degli studi di Camerino*, 139 -140, il quale sottolinea che il rapporto tra le corti è mutato, ovvero nessun' intervento della Corte di Giustizia si può definire «invasivo» delle funzioni delle Corti o dei legislatori nazionali. Secondo l'illustre giurista citato «si può dire che l'affermazione del primato del giudice di Lussemburgo su quello nazionale lascia il passo a tratti di più marcata complementarità, cooperazione ed integrazione, capaci di ricondurre tale rapporto su parametri di sussidiarietà e di equiordinazione». Ovvero, «gli interventi della Corte di Giustizia sono costruiti ed orientati in chiave funzionale, nel senso che individuano l'interesse protetto e il fine di tutela (...) lasciando alle autorità nazionali il compito di realizzare quel fine».

alla luce dei “Considerando” della direttiva in esame – persegue una finalità dissuasiva di condotte che culminino nell’inserimento nel contratto di clausole squilibranti.

In conclusione, tale discrezionalità che investe il Legislatore nazionale non è assoluta, ma relativa, incontrando il limite dell’adeguatezza e dell’efficacia dei mezzi predisposti.

4. Il principio di proporzionalità come corollario della trasparenza contrattuale.

Un ulteriore principio di derivazione comunitaria che assume centrale rilievo nell’esame di tali profili problematici, è rappresentato dal canone di proporzionalità, nella sua triplice dimensione: infatti, esso si compone di una valutazione di idoneità, di necessità e, infine, di adeguatezza. Esso si riferisce all’adeguatezza degli strumenti utilizzati per il raggiungimento di un certo fine cui essi tendono.

Tale criterio guida sarà fondamentale nell’esame della tutela del contraente debole approntata dalla disciplina di derivazione comunitaria, tenuto conto della continua modificazione della realtà sociale ed economica.⁵⁸¹

La direttiva 93/13/CEE è stata recepita con la legge n.56 del 1996 nel Codice civile, al Libro IV, Titolo II, Capo XIV bis relativo ai «Contratti del consumatore». Come in precedenza visto, tale disciplina è confluita nel Codice Consumo con il d.lgs. n. 206 del 2005, il quale ha provveduto alla realizzazione dello statuto del consumatore.

Ciò che consente di qualificare come vessatoria una clausola contrattuale, è la verifica in concreto della sua idoneità a realizzare un significativo squilibrio di diritti ed obblighi nascenti dal contratto.

⁵⁸¹In tal senso, il principio di proporzionalità può essere considerato come una sorta di lente che ci permette di comprendere se la normativa nazionale, frutto del recepimento della direttiva 1993/13/CEE, riesca a garantire una effettiva trasparenza contrattuale, o meglio, la chiarezza e la comprensibilità delle clausole contrattuali, e in definitiva, una tutela speciale.

In particolare, l'art. 33 Cod. cons. contiene una presunzione relativa di vessatorietà con riferimento a determinate clausole contrattuali.⁵⁸² Essa è superabile dimostrando che tali clausole sono state oggetto di specifica trattativa individuale. Oltre a ciò, da un punto di vista strettamente dogmatico, vi è chi rileva che in tal caso sarebbe scorretto parlare di una vera presunzione. Più nello specifico, non si tratterebbe di una rappresentazione di un fatto nella dialettica processuale, quanto piuttosto di una valutazione giuridica dello stesso in termini di abusività. In tal senso sarebbe più corretto ed opportuno parlare di tale presunzione alla stregua di una tecnica di accertamento della ricorrenza di fatti e giudizi.

La successiva disciplina di cui agli artt. 34 e 35 Cod. cons. come sopra esaminati contengono rispettivamente la disciplina dell'oggetto del giudizio di abusività e dell'interpretazione del contratto concluso tra professionista e consumatore.

Se la disciplina della "fisiologia" della vessatorietà sembra sovrapponibile a quella adottata dal Codice civile in sede di attuazione, appare meritevole di un'indagine sul piano della proporzionalità la dimensione patologico-rimediale della disciplina in esame. L'art. 36 Cod. cons. ha previsto una nullità di protezione a favore del consumatore. Nel secondo comma invece prevede una presunzione *iuris et de jure* di vessatorietà delle clausole che hanno determinate caratteristiche.⁵⁸³

Anche l'art. 37 cod. cons. sembra essere rispettoso del principio di proporzionalità e «adeguato» rispetto al contenuto della direttiva 93/13/CEE. Tra i vari «Considerando» che fungono da prolegomeni agli articoli della direttiva, si distingue quello in cui si rammenta agli Stati membri di fare in modo che le clausole abusive non siano incluse nei contratti stipulati con i consumatori.

Gli artt. 37 e 37 bis Cod. cons. attuano in pieno il primo e il secondo comma l'art. 7 della direttiva nella parte in cui prescrive, nel primo comma, che «Gli stati membri provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra professionisti e consumatori», e nel secondo comma che «permettano a persone o organizzazioni di adire le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti».

⁵⁸² Sulla corretta lettura ed interpretazione di tale presunzione, v. G. ZANCHI, «Critica dell'interpretazione dell'articolo 33 codice del cons. fornito dalla cassazione», in *Riv. dir. civ Giurisprudenza Italiana*, aprile 2018, 847 ss.

⁵⁸³ In tale contesto si pone il delicato problema del soddisfacimento del criterio di proporzionalità da parte di tale apparato rimediale.

Il Cod. cons. prevede infatti l'azione inibitoria e il primo comma dell'art. 37 Cod. cons. dispone che le associazioni rappresentative dei consumatori, di cui all'art. 137 Cod. cons., le associazioni rappresentative dei professionisti, possono agire in giudizio contro il professionista e contro l'associazione di professionisti che utilizzano o raccomandano l'utilizzo delle condizioni generali di contratto. Essi, inoltre, possono invocare innanzi al giudice una tutela inibitoria volta a bloccare l'utilizzo delle clausole abusive e accertarne l'abusività. La norma rappresenta un idoneo strumento di tutela dei consumatori che prevede l'ausilio di un soggetto «forte» ovvero le associazioni rappresentative dei consumatori, dei professionisti che affiancano il soggetto «debole» nella lotta contro l'inserimento delle clausole abusive.⁵⁸⁴

Sicuramente interessante è anche il comma terzo della disposizione in questione che dispone: «Il giudice può ordinare che il provvedimento sia pubblicato in uno o più giornali, di cui uno almeno a diffusione nazionale». La *ratio* di tale comma va ritrovata nell'intenzione del legislatore di introdurre una sorta di monito rivolto ai professionisti, affinché non inseriscano nei futuri contratti clausole simili a quelle che il giudice, con sentenza definitiva, ha etichettato con l'aggettivo «vessatorie».

Anche l'art. 37 bis svolge una sicura funzione «deterrente» dell'introduzione di clausole vessatorie nei regolamenti contrattuali da parte dei professionisti. La disposizione in esame prevede una tutela amministrativa e autorizza l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ad intervenire, anche *ex officio*, mediante la dichiarazione di vessatorietà delle clausole contrattuali inserite nei contratti conclusi mediante adesione o con la predisposizione del modulo o formulari. Qualora il provvedimento emesso dall'Autorità dovesse essere disatteso, il Codice prevede una sanzione amministrativa pecuniaria aggravata da somme maggiori in caso di eventuali informazioni o documentazioni mendaci all'interno del contratto.

Una novità importante è la procedura di interpello prevista dal punto 3 dell'art. 37 bis Cod. cons., attraverso la quale le imprese possono *ex ante* chiedere un parere all'Autorità

⁵⁸⁴ La situazione è molto simile a quella dei lavoratori, ovvero soggetti che normalmente hanno un minor potere contrattuale nei confronti dei datori, per supplire a questa disomogeneità di potere, proprio come nel diritto del lavoro, i consumatori possono fare affidamento su enti rappresentativi dei loro interessi che, seppur non chiamati sindacati, svolgono una funzione quasi analoga.

in merito alle clausole contrattuali che intendono introdurre nei contratti con i consumatori.

Infine, è doveroso fare riferimento anche all'art. 143 comma 1 Cod. cons. Tale norma statuisce l'irrinunciabilità dei diritti attribuiti dal Codice al consumatore, e sancisce altresì la nullità di qualsivoglia pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice. Secondo autorevole dottrina, questa norma attribuisce al consumatore il potere, etichettato come irrinunciabile, di domandare l'azionabilità della norma che «assicuri il livello più elevato di protezione», ovvero quella più favorevole. Stando a questa tesi, esiste una cumulabilità dei rimedi, armonizzati e nazionali, e spetta al consumatore scegliere quale rimedio sia per lui più favorevole.⁵⁸⁵

Nell'alveo dei «consumer contracts», anche il principio di buona fede svolge un ruolo piuttosto importante: la direttiva 93/13/CEE lo ha posto a fondamento dell'accertamento di abusività della clausola attraverso una formulazione piuttosto infelice. L'art. 3 co. 1 della direttiva in esame statuisce che una clausola contrattuale non preventivamente negoziata, si considera abusiva se «malgrado» la buona fede, determina a danno del consumatore uno squilibrio significativo di diritti e obblighi derivanti dal contratto. Nel nostro ordinamento la norma citata è stata recepita in modo letterale dall'art. 33 cod. cons. e l'errore di traduzione ha diviso la dottrina. La poco rigorosa terminologia utilizzata nella redazione della suddetta norma ha creato nel nostro ordinamento un'aspra diatriba teorica tra chi, riteneva fosse possibile una valutazione dell'abusività di clausole pur conformi a buona fede, e chi invece riteneva fosse abusiva la clausola che, in violazione del principio di buona fede, determinasse anche un significativo squilibrio.⁵⁸⁶ Oggi tali considerazioni appaiono sostanzialmente sterili. Il 4 giugno del 2015 infatti è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea una correzione della direttiva 1993/13/CEE. È doveroso sottolineare però che il Cod. cons. conserva ancora la vecchia dizione non menzionando quella nuova, pertanto la prima si considererà implicitamente abrogata dalla seconda. La nuova dizione dell'art. 3 della direttiva dispone che: «Una clausola contrattuale che non è stata oggetto di negoziato individuale si considera abusiva se, in contrasto con il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un

⁵⁸⁵ Così A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, cit., 149 in G. D'Amico, S. Pagliantini, *op. cit.*, 127-128.

⁵⁸⁶ La diatriba viene sinteticamente riassunta da A. CATAUDELLA, *I contratti parte generale*, Torino, 2014, 63 ss.

significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto.» Il tempo ha dato ragione a coloro che interpretavano il sintagma «*malgrado la buona fede*» in senso oggettivo e non soggettivo.

Il termine buona fede⁵⁸⁷ però è polisemantico e ha un significato diverso a seconda del contesto di riferimento. Ciò che qui interessa è la sua accezione «oggettiva» ovvero come regola di condotta. L'obbligo di buona fede, o di correttezza che dir si voglia, rappresenta una fonte dalla quale derivano una serie di comportamenti che sono volti ad evitare o comunque a diminuire il possibile danno altrui. È qui palese l'approccio solidale che deriva dalla buona fede, una vera e propria fonte di integrazione del contratto. Il principio di solidarietà ex art. 2 Cost., attraverso la clausola generale della buona fede, riesce ad integrare il regolamento contrattuale a prescindere dalla volontà delle parti imponendo alle stesse di salvaguardare l'utilità dell'altra a prescindere dalle determinazioni contrattuali. In tal senso si è pronunciata anche la Suprema Corte di Cassazione, secondo la quale il principio di buona fede, che opera secondo criteri di reciprocità e che nel nuovo quadro di valori introdotto dalla Costituzione rappresenta specificazione degli inderogabili doveri di solidarietà sociale tutelati dall'art. 2 della stessa Carta, può portare ad ampliare o a restringere gli obblighi letteralmente assunti con il contratto, imponendo a ciascuna delle parti l'obbligo di comportarsi in modo da preservare, per quanto possibile, anche gli interessi dell'altro. Alla luce di ciò, appare sicuramente lesivo della buona fede, e del principio di solidarietà ad essa sotteso, la condotta di chi, sfruttando il proprio maggior potere contrattuale, approfitti della situazione di debolezza altrui inserendo nel contratto clausole abusive. Il principio di buona fede deve caratterizzare anche le condotte del predisponente attraverso una maggiore trasparenza del regolamento di interessi. Se tale problema risulta essere maggiormente ridimensionato per i consumatori in quanto esiste un apposito codice che regola i rapporti giuridici intercorrenti tra consumatore e professionista mediante una disciplina *ad hoc*, così non può dirsi per il contraente debole tout court. Autorevole dottrina sottolinea che verso gli

⁵⁸⁷ V. ROPPO, *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive (vessatorie) nei contratti tra professionisti e consumatori: artt 1469 bis e segg.*, in *Dir. priv.*, 1996, II (*Condizioni generali e clausole vessatorie*), 112 ss.; G. ROMAGNOLI, *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, Padova, 1997, 82 ss.; A. TULLIO, *Il contratto per adesione. Tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori*, Milano, 1997, 31ss.; G. M. UDA, *La buona fede nelle clausole abusive*, in AA.VV., *Le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Il Codice civile – Commentario fondato da P. Schlesinger e diretto da F. Busnelli*, Milano, 2003, 97ss.

anni Settanta anche nel nostro ordinamento giuridico si era aperto il dibattito sulla tutela non adeguata del contraente debole, senza una qualificazione consumeristica.⁵⁸⁸ Tuttavia, sotto l'impulso dell'alluvionale attività normativa europea, ben presto il dibattito in questione ha assunto una diversa sfumatura. Da un discorso teorico concernente la ricostruzione del fenomeno della contrattazione diseguale nella cornice normativa del Codice, arricchita dalla prospettiva costituzionale, si è passati ad un'analisi di tipo esegetica, imposta dalle sempre maggiori disposizioni varate in attuazione delle direttive europee concepite per tutelare i consumatori. Inoltre, sempre secondo il pensiero citato, un ulteriore elemento che ha determinato la stasi del dibattito sul contraente debole tout court può essere colto nelle tante, forse troppe, deroghe alle regole generali del diritto dei contratti che ha determinato, inevitabilmente, l'emersione di nuove regole e principi ormai considerati i tratti salienti del diritto dei consumatori. Tuttavia, neanche l'emanazione di tutte queste regole incentrate sul consumatore ha oscurato del tutto il dibattito giuridico sulle forme di tutela del contraente debole. Ne è una prova l'interrogativo generale su chi dovesse essere considerato «consumatore», specie dopo che la tutela prevista per quest'ultimo ha perso la sua «episodicità» estendendosi a momenti sempre più rilevanti della vita economica ossia il mercato, per confluire nell'esito ultimo della codificazione.⁵⁸⁹

In tal senso, la disciplina che prevede una tutela esclusivamente formale a “vantaggio” del contraente debole in materia di condizioni generali di contratto ex art. 1341 c.c. appare non conforme al principio di proporzionalità di derivazione comunitaria.

⁵⁸⁸ F. MACARIO, *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea, costituzionale*, in *Obbl. contr.*, 2006, 872 ss. il quale sottolinea che il dibattito sul «contraente debole» si è rivelato uno dei nodi decisivi dell'elaborazione in materia di autonomia privata e contrattuale. Inoltre precisa che diversamente dallo studio massiccio posto in essere in relazione alla disciplina speciale prevista per i consumatori, «non altrettanta attenzione sembra aver ricevuto, da parte degli studiosi, il confronto fra l'impostazione originaria del dibattito sulla tutela del contraente debole e le regole, ormai contenute nel cod. cons. in modo organico, volte alla protezione di un particolare contraente debole, quello di più immediata rilevanza socio-economica ossia il consumatore».

⁵⁸⁹ Con riferimento al cod. cons. S. KIRSCHEN, *sub art.3 lett. a)*, *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. Alpa, R. Carleo, Napoli, 2005, 46 ss.

5. La compatibilità del modello del contraente debole con la figura del cliente professionista.

In tale quadro conclusivo dell'elaborato giova porre in evidenza che il nostro ordinamento appare profondamente connotato dai principi costituzionali che conferiscono centralità al valore della persona secondo istanze di natura solidaristica. Da tale considerazione discende la valorizzazione della persona umana sia nella sua dimensione statica, sia nel dinamismo relazionale dei rapporti intersoggettivi.

Tale prospettiva rappresenta la piena concretizzazione dei valori costituzionali racchiusi nella lettera dell'art. 2 Cost.⁵⁹⁰

Collegando la prospettiva di derivazione costituzionale con la più specifica materia del diritto dei contratti, accade sovente che le parti di un rapporto contrattuale siano caratterizzate da un rapporto asimmetrico sia dal punto di vista economico, sia dal punto di vista giuridico.

Una prima impostazione dottrinale ha valorizzato in senso assoluto la lettera dell'art. 3 Cost. – il quale, al comma 2, scolpisce il principio di uguaglianza in senso sostanziale – ricavandone la legittimazione all'esercizio di un potere modificativo e correttivo direttamente realizzativo della parità contrattuale tra i contraenti. Una simile affermazione⁵⁹¹ rischia di collidere con un ulteriore valore costituzionale che trova la genesi nella libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.: l'autonomia negoziale. Nei limiti del giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c., le parti sono libere di fissare il contenuto dell'assetto di interessi che connota quella specifica relazione contrattuale.⁵⁹² Tale libertà subisce una sensibile compressione con specifico riferimento alla contrattazione standardizzata, oggetto centrale di questa trattazione. Infatti, nel caso di condizioni generali di contratto unilateralmente poste dal professionista predisponente, la libertà negoziale dell'aderente – consumatore o professionista – si riduce,

⁵⁹⁰ P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli 2004, 62.

⁵⁹¹ Così F. LUCARELLI, *Regime dei suoli e progetto di equo canone*, in *Rass. dir. civ.* 1980, 1161 ss. nella parte in cui sancisce che: «Tutti i cittadini hanno pari dignità e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

⁵⁹² A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, in *Rass. dir. civ.*, 2014.

trasformandosi nella mera volontà adesiva o non adesiva ad un regolamento contrattuale pre confezionato. Alla luce di tali osservazioni, è configurabile un interesse generale dell'ordinamento giuridico a che l'assetto di interessi scelto dalle parti – o unilateralmente predisposto da una di esse ed accettato dall'altra – tuteli appieno la sfera giuridica del contraente debole, secondo una logica solidaristica. Ne deriva che, da un punto di vista privilegiato di analisi economica del diritto, la regola economica ispirata alla allocazione delle risorse ed alla massimizzazione del profitto, risulta condizionata dalla regola giuridica che impone la realizzazione di un rapporto contrattuale secondo logiche solidaristiche.

Declinando tali considerazioni sul piano delle condizioni generali di contratto e, più in generale, della contrattazione di adesione, ne deriva l'obbligo in capo al professionista predisponente di tenere una condotta contrattuale ispirata a logiche di trasparenza e predisponendo condizioni contrattuali che soddisfino il carattere della chiarezza e della comprensibilità. Una condotta del professionista predisponente che realizzi un abuso della situazione di asimmetria economica ed informativa del contraente aderente, rappresenta quanto di più lontano vi sia dal rispetto dei canoni solidaristici.

Come ampiamente evidenziato nel corso della trattazione, vi sono casi – tipici della contrattazione bancaria – in cui la relazione contrattuale nasce geneticamente asimmetrica per uno squilibrio informativo che sussiste, ad esempio, tra l'intermediario finanziario ed il cliente.

Si è altresì rilevato che, qualora l'aderente al regolamento contrattuale unilateralmente posto dal professionista sia qualificabile come consumatore ai sensi dell'art. 2 dir. 93/13/CEE, è prevista a favore di quest'ultimo una tutela di carattere sostanziale, ispirata ai canoni di chiarezza e di comprensibilità di cui agli artt. 5 dir. 93/13/CEE e 35 Cod. Cons.

Il quesito fondamentale a cui tale elaborato ha cercato di rispondere riguarda la *ratio* della tutela sostanziale prevista dal Codice del Consumo in attuazione della direttiva comunitaria. In particolare, ci si è chiesti se la tutela eminentemente sostanziale prevista dal Legislatore nel settore specialistico del Codice del Consumo si giustifichi in ragione della qualificazione dell'aderente in termini di consumatore, oppure per la sua qualità di contraente debole. La risposta a tale quesito consente di sciogliere l'ulteriore nodo problematico concernente la configurabilità di un unico principio generale di trasparenza

contrattuale sostanziale in grado di conformare sia la disciplina consumeristica sia la disciplina generale in tema di condizioni generali di contratto ex art. 1341 c.c.

In primo luogo, anche nei contratti tra professionisti è configurabile un'asimmetria di carattere quantomeno informativo in forza della quale il contraente aderente – in ragione di tale deficienza informativa – appare qualificabile come contraente debole.⁵⁹³ Aderendo all'impostazione di chi nega l'autonomia concettuale del contratto asimmetrico del consumatore, si è concluso che il tratto fisionomico del contratto tra professionista e consumatore è ravvisabile finanche nei contratti tra professionista prevalente e professionista debole. Ne deriva che, proprio in applicazione di un sistema di multilivello delle fonti, la disciplina consumeristica in tema di chiarezza e di comprensibilità non si compone di regole eccezionali, e come tali insuscettibili di applicazione analogica. Infatti, quelle stesse regole rappresentano piuttosto l'atto ricognitivo di un principio generale del *clare loqui* nel contratto, che a sua volta appare recepire il valore costituzionale della solidarietà nelle relazioni contrattuali.⁵⁹⁴

Infatti, ci sono alcuni istituti, contenuti e disciplinati nel Codice del Consumo, che sono stati specificatamente predisposti ed attuati per il consumatore, cioè per la persona fisica che agisce nel mercato per scopi diversi da quelli imprenditoriali e professionali che si trova in una situazione di sostanziale svantaggio nei confronti di altrui soggetti come imprenditori o professionisti. La necessità di predisporre i suddetti istituti non è di certo lo *status* di consumatore rivestito, bensì è la situazione di fatto e di diritto che caratterizza una determinata operazione economico-giuridica ovvero quella posta in essere dal consumatore (parte debole) e professionista. Tale situazione di svantaggio, come accennato sopra, è sicuramente ipotizzabile anche in altri scenari. Si considerino tutti quei rapporti in cui c'è una parte non qualificabile alla stregua di un consumatore che è in balia del maggior potere contrattuale della controparte. In queste ipotesi non si comprende quale sia la reale differenza che intercorre tra essi e il consumatore se non lo *status*. In

⁵⁹³ V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, 32 ss. parla di «contratto asimmetrico» e ha visto nell'asimmetria del potere contrattuale un nuovo paradigma che tende ad estendersi, ben oltre i rapporti intercorrenti tra consumatori e professionisti, a tutti i rapporti caratterizzati dalla debolezza di una parte rispetto all'altra. B. AGOSTINELLI, *Il patto abusivo: fenomenologia e rimedi*, Torino, 2012, 72 precisa che il termine «asimmetrico» ha un raggio semantico tanto ampio da includere qualsivoglia tipo di debolezza.

⁵⁹⁴ In tal senso P. PERLINGIERI, *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, 5 ss.; ID, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, 180 ss., il quale sottolinea nelle due opere il valore dell'unità dell'ordinamento giuridico pur nella sua complessità derivante dal concorso di una pluralità di fonti interne e comunitarie.

entrambe le ipotesi, infatti, c'è una parte contrattuale che si trova in uno stato di inferiorità rispetto alla controparte. Una possibile soluzione per tutelare tali soggetti⁵⁹⁵ sarebbe quella di imporre una maggiore trasparenza in tutti i contratti, attraverso una interpretazione sistematico assiologica delle norme contenute nel Codice del Consumo, specialmente in relazione agli accordi il cui contenuto viene unilateralmente predisposto. In una prospettiva assiologica, la trasparenza, non solo nei suddetti ambiti ma in tutti i contratti, ha un ruolo chiave, in quanto è espressione del solidarismo costituzionale, scolpito nell'art. 2 Cost.

6. Il limite della tutela meramente formale ed il ruolo del Legislatore europeo nella nuova lettura della disciplina in tema di condizioni generali di contratto.

La disciplina generale in materia di contratti predisposti – e, segnatamente, quella contenuta agli artt. 1341, 1342, 1370 c.c. – ha mostrato i suoi limiti intrinseci con la diffusione della tecnica di perfezionamento dei contratti standardizzati. Come autorevolmente sostenuto in dottrina, la disciplina in esame attenziona il profilo formale della clausola contrattuale squilibrante, non dando alcuna rilevanza al peso economico della stessa.⁵⁹⁶

In sintesi, la modalità ordinaria di conclusione e perfezionamento del contratto mostrò tutta la sua fragilità con la creazione di un mercato concorrenziale, a rilevanza anche

⁵⁹⁵ Si tratta dei contratti conclusi tra S2C, formula riassuntiva della locuzione *supplier-to-customer*, teorizzata da V. ROPPO, *op. cit.*, 133, con riferimento ai contratti stipulati tra un'impresa o un professionista da un lato e un soggetto debole dall'altro che operi sul mercato dal lato della domanda ovvero un cliente.

⁵⁹⁶ V. RIZZO, *Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994, 516 s., il quale afferma che la suddetta tutela si è dimostrata presto insufficiente ad assicurare un'adeguata protezione alla parte debole del contratto. Più precisamente la dottrina citata ritiene che: «non è direttamente rilevante il contenuto vessatorio della clausola quanto la mancanza della forma o dell'accordo che operano secondo i canoni della disciplina classica del contratto.» Continua: «il sistema italiano mostra così punti di resistenza alla emergenza di una vera e propria nozione di clausola abusiva in quanto, oltre a non definirla puntualmente (...) prevede solo la sanzionabilità soltanto se vengono violati i normali profili della disciplina contrattuale specificamente impegnati in questa sede». Lo stesso V. RIZZO, *op. cit.*, 543 precisa che la disciplina consumeristica recepita dalla direttiva 1993/13/CEE nel Codice civile pone al centro l'informazione e la trasparenza richiedendo la verifica, talora anche prima della sottoscrizione del contratto, «che il cliente abbia compreso le caratteristiche essenziali e i rischi dell'operazione proposta, superando così il tradizionale (e formale) statuto di garanzie del contraente debole quale risultante dagli artt. 1341 c.c. e 1342 c.c.

sovranaZIONALE, in cui un contraente professionista si limita alla predisposizione unilaterale del contenuto del contratto ed il contraente aderente si limita a aderirvi.

In primo luogo, la disciplina dettata dal Legislatore del 1942 per le condizioni generali di contratto è stata davvero innovativa, se esaminata nel contesto storico in cui venne geneticamente creata. Infatti, né il Codice Civile del 1865, né il Codice del Commercio del 1882 contenevano delle norme speciali per le condizioni generali di contratto e per i contratti conclusi mediante formulari.⁵⁹⁷

Quanto alla *ratio* della disciplina in esame, essa funge da equo bilanciamento tra contrapposti interessi⁵⁹⁸: da un lato, l'interesse del contraente predisponente ad adottare uno schema negoziale in astratto sottoponibile ad una indifferenziata platea di aderenti, abbattendo i costi di negoziazione e diminuendo i tempi di perfezionamento del contratto; dall'altro lato, l'interesse del contraente debole a limitare in qualche misura delle forme di abuso da parte del primo.

Ai contratti, specialmente quelli conclusi attraverso moduli o formulari ex art. 1342 c.c., viene applicata una logica «apofantica» che si limita a raccogliere un «sì» o un «no» dell'aderente. In ossequio all'etimologia del termine «aderire», così come viene inteso dal Legislatore, è agevole capire che la volontà del cliente non è «autonoma» ma deve conformarsi a quella del predisponente.

Proprio in ragione dell'avvertito pericolo di un abuso del potere contrattuale da parte del contraente predisponente, il Legislatore del 1942 ha adottato una disciplina realizzativa di un sistema di tensione dialettica tra pesi e contrappesi, cristallizzando una tutela sia formale sia interpretativa.

Con riferimento alla tutela formale, essa è plasticamente scolpita dagli artt. 1341 e 1342 c.c., in base al tenore dei quali – secondo una logica eminentemente formale – le clausole conoscibili ma non conosciute dall'aderente, risulteranno per egli comunque efficaci in ossequio al principio di autoresponsabilità.

Come ampiamente illustrato nella prima sezione del presente elaborato, tra i profili problematici più rilevanti ai fini della trattazione si segnalano sia la natura solo formale della tutela posta a protezione dell'aderente sia per il fatto che tale disciplina non ha per

⁵⁹⁷ G. GORLA, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.* 1963, I, 110 il quale sottolinea che la disciplina dettata per le condizioni generali contenuta nel codice del 1942 è stata davvero innovativa. «Né il Codice civile del 1865, né il codice del commercio del 1882 contenevano (...) delle norme speciali per le condizioni generali di contratto e per i contratti conclusi mediante formulari».

⁵⁹⁸ A. GENOVESE, *La crisi del contratto standard codice 1942*, in *Contratto e impresa*, 3/2019, 1157.

interlocutore il singolo contraente debole, rivolgendosi piuttosto ad una generalità indifferenziata di potenziali contraenti.

In conclusione, la tutela offerta dal Codice civile ex artt. 1341⁵⁹⁹, 1342 e 1370, nonostante abbia il pregio di vantare il carattere della generalità⁶⁰⁰, non basandosi sullo status di «consumatore» o «professionista» secondo le definizioni contenute nella direttiva 93/13/CEE cristallizzate successivamente nel Cod. cons., è capace di fornire una garanzia solo formale per l'aderente. Infatti, gli articoli citati possono essere considerati alla stregua di avvisi di pericolo per la parte aderente sul possibile disequilibrio degli effetti del contratto a causa delle clausole che può sottoscrivere, ma non riescono a garantire la chiarezza e la comprensibilità delle clausole con la conseguenza che chi aderisce può non capire il significato economico giuridico della clausola che sta sottoscrivendo. In sintesi, se da un lato il Codice civile impone un requisito di forma, il Cod. cons. impone requisiti sostanziali di chiarezza e comprensibilità delle clausole, che sono espressione del principio di trasparenza.

Infine, anche la tutela di matrice ermeneutica presta il fianco a critiche. Il canone dell'*interpretatio contra stipulatorem* se da un lato riesce a risolvere il problema della clausola semanticamente ambigua, dall'altro però non è uno strumento che riesce a garantire il soddisfacimento dell'interesse della parte debole.

A fronte delle rappresentate problematiche contenute nel microsistema di tutela contenuto negli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c., è doveroso fare riferimento alla costellazione di matrice Europea composta dalle norme in materia di tutela dei consumatori al fine di soddisfare il principio di pienezza ed effettività della tutela del contraente debole, anche non professionista.

⁵⁹⁹ U. MAJELLO, *Considerazioni in tema di condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. civ.* 1986, I, 70 ss., il quale afferma che l'art. 1341 c.c. equipara la conoscenza effettiva alla mera conoscibilità della clausola.

⁶⁰⁰ A. GENOVESE, *op cit.*, 1155; V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Camerino, 1983, 41, il quale evidenzia molti vantaggi «maggiore velocità, maggiore razionalità e semplicità nella conclusione dei contratti» l'atto di predisposizione inoltre soddisfa anche l'esigenza di determinare una certa uniformità di contenuto.

7. Conclusioni.

Nel corso dell'intera trattazione è stata sottolineata l'importanza della chiarezza e comprensibilità contrattuale: i due canoni rappresentano una proiezione del principio di trasparenza che, in una prospettiva assiologicamente orientata, dovrebbe permeare qualsiasi contratto e non trovare una limitata applicazione ai rapporti intercorrenti tra professionisti e consumatori. Questa soluzione non è espressa, né in modo diretto né in modo indiretto, da nessuna norma presente nel nostro tessuto giuridico, tuttavia è coerente con una visione sistematica ed assiologica che va oltre la legge. Sono lontani, infatti, gli anni in cui il diritto si identificava con la legge ed è giunto il momento di riconoscere dignità e funzionalità normativa ai principi racchiusi nella Carta costituzionale. L'idea che permea l'intero elaborato è che, oggi più che mai, non esiste un'eguaglianza sostanziale tra chi stipula un contratto, specie nel luogo ideale dove chi offre incontra chi chiede. Solo la trasparenza dell'accordo può restituire l'idea di una volontà comune, indubitabile genesi del contratto. Solo quando l'intero panorama contrattuale risulta essere trasparente è possibile ipotizzare un accordo tra chi propone e chi accetta. Tutto ciò non può essere appiattito su una dimensione soggettiva: infatti, lo «status» di consumatore può solo far presumere una situazione di debolezza derivante dall'asimmetria informativa o dal maggiore potere contrattuale vantato dal professionista. Questo però non può escludere che in determinate ipotesi anche il piccolo artigiano, l'imprenditore, il professionista possano ritrovarsi in una situazione di debolezza nei confronti della controparte. È dalla circostanza di fatto che si può desumere la situazione di debolezza e non solo dallo status rivestito da chi accetta. Una soluzione a tale disparità di trattamento poteva essere data dai continui interventi sovranazionali di matrice europea o dal continuo dialogo tra le corti; entrambi, infatti, rappresentano fattori che continuamente innovano il diritto dei privati. Purtroppo, così non è stato: ancora oggi il pensiero dominante, accompagnato da un formante giurisprudenziale piuttosto compatto, si arresta alla logica formale dello status rivestito, appiattita ad una visione meramente legale. Forse una soluzione definitiva al problema potrebbe essere ricavata in via ermeneutica mediante un'interpretazione assiologicamente orientata della normativa in materia di consumo. L'ordinamento giuridico non si esaurisce nella legge, questa deve

conformarsi ai principi ed ai valori costituzionali, strumenti che potrebbero, in via ermeneutica, trovare una ragionevole applicazione nei confronti del contraente debole tout court. Nonostante tutto, occorre riconoscere che è proprio grazie al Legislatore europeo se nel nostro ordinamento oggi è rinvenibile una disciplina compiuta in materia di consumo. La direttiva 93/13/ CEE, infatti, è stata il faro che ha guidato i vari Stati membri nell'adozione di una disciplina che tutelasse i consumatori, fissando dei paletti non travalicabili. Ed è grazie al ruolo centrale della Corte di Giustizia che è possibile per i giudici nazionali individuare il suo significato e come applicare le norme nazionali in relazione ad esso. Sono queste le conseguenze del c.d. ordinamento multilivello, in forza del quale esiste un Legislatore diverso da quello statale che emana norme vincolanti per gli Stati membri. L'esistenza di più livelli nei quali l'ordinamento si realizza non implica però l'automatica estinzione della autorità statale, in quanto gli Stati membri vedono ergersi innanzi a sé l'Unione Europea, nato dalla rinuncia di una parte della loro stessa sovranità. Ma esiste una notevole differenza tra rinunciare ad una parte di sovranità ed il totale annichilimento della stessa. La normativa di matrice sovranazionale non crea un ordinamento giuridico diverso rispetto a quello interno, ma essa si sposa con la normativa nazionale creando un sistema italo-europeo. Il delicato equilibrio tra sovranità statale e potere dell'organizzazione sovranazionale è perfettamente riflesso nel contenuto della direttiva 93/13/CEE. La direttiva citata infatti da un lato fissa una tutela minima, oltre la quale la discrezionalità degli Stati non può spingersi, e dall'altro riconosce il potere degli Stati membri di garantire una tutela più garantista rispetto a quella delineata a livello europeo. Tutto ciò ha creato terreno fertile per le diatribe teoriche più volte citate nel presente lavoro. Alcuni Stati membri hanno attuato la direttiva garantendo una tutela maggiore ai consumatori, altri invece hanno optato per un recepimento letterale. Il diverso recepimento della direttiva ha fatto sì che in alcuni Stati, la semplice opacità delle clausole possa essere sanzionata con la dichiarazione di abusività delle stesse.

Dalla lettura del codice del consumo e dallo studio della giurisprudenza della Corte di Giustizia⁶⁰¹, sembra quasi ricavabile una duplice nozione di clausola abusiva, una

⁶⁰¹ Sulla nozione di trasparenza enucleata dalla Corte di Giustizia, in particolare, v. SENTENZA DELLA CORTE (Quarta Sezione), 16 luglio 2020 CY contro CaixaBank SA (C 224/19), e LG, PK contro Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (C 259/19), secondo cui: «L'articolo 3, l'articolo 4, paragrafo 2, e l'articolo 5 della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che le clausole del contratto rientranti nella nozione di «oggetto principale del contratto» devono intendersi come quelle che fissano le prestazioni essenziali di tale contratto e che, come tali, lo caratterizzano. Per contro, le clausole

inerente allo squilibrio normativo ex art 33 comma 1; e una nozione deducibile ex art. 34, comma 2, inerente allo squilibrio economico. Tuttavia, non è così, nella parte centrale della trattazione la questione viene affrontata e risolta proprio grazie al contenuto della direttiva 93/13/CEE recepita senza discostamenti dal Legislatore italiano. Da quest'ultima è desumibile un'unica nozione di clausola abusiva, caratterizzata dalla opacità e dal rilevante squilibrio dei diritti e degli obblighi contrattuali. È vero che da alcune pronunce della Corte di Giustizia, richiamate nella trattazione, sembra che la mera opacità di determinate clausole sia sufficiente per la dichiarazione di abusività delle clausole stesse. Queste sentenze però, riflettono semplicemente la realtà giuridica dell'ordinamento all'interno del quale sono nate le controversie oggetto delle statuizioni della Corte di Giustizia. Gli Stati membri ex art. 8 della direttiva 93/13/CEE possono prevedere una tutela diversa per i consumatori, più garantista, basata appunto sulla trasparenza delle clausole. Viene meno così il dubbio sull'esistenza di un possibile giudizio di vessatorietà *in re ipsa* valevole per tutti gli Stati dell'Unione Europea. È compito del Legislatore nazionale decidere se la mera opacità delle clausole contrattuali possa essere un requisito necessario e sufficiente per dichiararle abusive, con tutte le conseguenze giuridiche che ne derivano.

In conclusione, dalle riflessioni svolte nella presente trattazione emergono, in chiave prognostica, problemi di opacità determinati dalla ormai eccessiva automazione contrattuale. Più precisamente, risulta sempre più arduo pretendere la chiarezza e la comprensibilità contrattuale se i contratti vengono conclusi sempre più spesso con macchine governate da algoritmi incomprensibili da parte di un consumatore medio. Con il progredire della tecnologia avanzano e aumentano i problemi di tutela dei consumatori. Ne deriva che non è azzardato ipotizzare che con l'avvento della negoziazione algoritmica e degli Smart contracts, l'eguaglianza tra le parti rischia di scomparire definitivamente. Una visione limitata alla legge non riuscirà mai a garantire una tutela adeguata al cyber consumatore, dovendo l'interprete desumere l'imposizione di obblighi di trasparenza non dalle singole norme puntuali ma dai principi sanciti nella Costituzione: essi non configurano vere e proprie fonti di diritti ed obblighi e, in definitiva, vere e proprie norme

che rivestono carattere accessorio rispetto a quelle che definiscono l'essenza stessa del rapporto contrattuale non possono rientrare in tale nozione. Il fatto che una commissione di apertura sia compresa nel costo totale di un mutuo ipotecario non può comportare che essa sia una prestazione essenziale di quest'ultimo. In ogni caso, un giudice di uno Stato membro è tenuto a controllare il carattere chiaro e comprensibile di una clausola contrattuale vertente sull'oggetto principale del contratto, e ciò indipendentemente dalla trasposizione dell'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva in parola nell'ordinamento giuridico di tale Stato membro».

suscettibili di trovare una diretta applicazione al caso concreto. Solo grazie alla funzione normativa dei principi quali solidarismo, personalismo, sarà possibile ricavare un generale principio di trasparenza contrattuale, presupposto genetico dell'accordo. Perché ci sia un contratto deve esserci un accordo, e perché ci sia un accordo è necessario che le clausole che compongono il regolamento contrattuale siano chiare e comprensibili; solo così potrà esserci un incontro di volontà, a prescindere dallo status rivestito dalle parti contraenti. I principi possono essere considerati alla stregua di fonti eteronome del regolamento contrattuale dai quali è possibile desumere, in virtù di una interpretazione assiologicamente orientata, obblighi e diritti volti a garantire una maggiore tutela alla parte debole. Con questo non si vuole affermare la necessaria «giustizia dello scambio», bensì evitare che una delle parti possa abusare del maggiore potere che ha a disposizione promuovendo così un approccio solidale nei rapporti intersoggettivi. In quest'ottica, il contratto subisce una sorta di torsione funzionale: esso non è solo lo strumento mediante il quale le parti pongono in essere uno scambio, conferendo un determinato assetto ai propri interessi, ma diventa anche uno strumento che permette l'attuazione dei principi costituzionali e – come accade con specifico riguardo al canone della trasparenza – europei.

BIBLIOGRAFIA.

ADDANTE A., *Tutela del consumatore nei contratti telematici e nuove frontiere del diritto europeo della vendita*, Padova, 2016;

ADDIS F., *Il «codice» del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obb. e contr.*, 2007;

AGOSTINELLI B., *Il patto abusivo: fenomenologia e rimedi*, Torino, 2012;

ALBISINNI F., *Cessione di prodotti agricoli e agroalimentari (o alimentari?)*, ancora un indefinito movimento, in *Rivista di diritto alimentare*, 2012;

ALESSI G., *I doveri di informazione* in *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007;

ALFARO AGUILA-REAL J., *El control de adecuación entre precio y prestación en el ámbito de las cláusulas predispuestas*, nel *I Foro de Encuentro de Jueces y Profesores de Derecho Mercantil. Universidad Pompeu Fabra*, Barcellona, 2008,

ALPA G., BESSONE M. e BIANCA C.M., *I contratti Standard nel diritto interno e comunitario*, Torino, 1991;

ALPA G., *La riformulazione delle condizioni generali dei contratti delle banche*, in *Contratti*, 1996;

ALPA G., *Contratti di massa (Profili generali)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997;

ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1999;

ALPA G., *I contratti dei consumatori*, in *Tratt. dir. priv* diretto da Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, a cura di G. Alpa e S. Patti, Milano 2000;

ALPA G., *Quando il segno diventa comando: la “trasparenza” dei contratti bancari, assicurativi e dell’intermediazione finanziaria*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003;

ALPA G., *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003;

ALPA G., *La trasparenza delle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore*, intervento tenuto nell'ambito del seminario su «banche e mercati internazionale», Perugia, 2014;

ALPA G., *Il contratto in generale, I, Fonti, teorie, metodi* in *Tratt. dir. civ. comm.*, Messineo F. e Mengoni L. continuato da Schlesinger P., Milano, 2014;

AMATO C., *Nozione unitaria di danno non patrimoniale e autonomia negoziale*, in *Il danno non patrimoniale. Guida commentata alle decisioni delle S.U. 11 novembre 2008*, nn. 26972/3/4/5, Milano, 2009;

AMATO C., *Danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., Agg., VI, Torino, 2011;

ARIETA G. e DE SANTIS F., *Corso base di diritto processuale civile*, settima edizione, Padova Milano, 2019;

ASQUINI A., *Massime non consolidate in tema di responsabilità nel trasporto di persone*, in *Riv. dir. comm.*, 1952, II;

ASTONE F., *Ambito di applicazione soggettiva. La nozione di «consumatore» e «professionista»*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore. Art. 1469-bis – 1469-sexies*, a cura di G. Alpa e S. Patti, in *Il codice civile Comm.*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F. Busnelli, Milano, 2003;

ASTONE F., *Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra Direttiva 25 ottobre 2011 n. 83 e D.lgs. 21 febbraio 2014 n. 24. Ambito applicativo: i contratti standard di servizi di assistenza legale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2015, III;

AZZARI F., *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2017;

BARBA A., *Consumo e sviluppo della persona*, Giappichelli Editore, 2017;

BARBER R., *Da cittadini a clienti*, Torino, Einaudi, 2010;

BARCELLONA M., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 2008, 88 s.

BARENGHI A., *Art. 34, in Codice del consumo. Commentario*, a cura di V. Cuffaro e con il coordinamento di Barba e Barengi, III ed., Milano, 2012;

BARENGHI A., *Diritto dei consumatori*, Milano, Cedam 2017;

BARTOLOMUCCI P., *Le pratiche commerciali sleali ed il contratto: un'evoluzione del principio della trasparenza*, in AA.VV. a cura di Minervini E., Rossi Carleo L., *Le pratiche commerciali sleali*, Milano, 2007;

BEDOGNI C. R., *Commento all'art. 21*, in C. R. Bedogni (a cura di), *Il testo unico della intermediazione finanziaria: commentario al D. lgs. 24 febbraio 1998*, n. 58, Milano, 1998;

BELLI F.- CORVESE C.G. e MAZZINI F. (a cura di), *Argomenti di diritto degli intermediari e dei mercati finanziari*, Torino, 2000;

BENEDETTI A.M., *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002;

BENUCCI S., *Sub art. 2*, in Vettori G. (a cura di), *Commentario Codice del Consumo*, Padova, 2007;

BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949;

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1955;

BIANCA C.M., *Le condizioni generali di contratto*, Milano, 1981.

BIANCA C. M., *Condizioni generali di contratto*, II, in *Enc. giur. Treccani*, vol. VII, Roma, 1988;

BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983;

BIANCA C.M., *Condizioni generali di contratto*, in *Diritto Civile*, III, *Il Contratto*, Milano, 1984;

BIANCA C.M., *Diritto civile. V. La responsabilità*, Milano, 2012, 203 ss.;

BIANCO R., TARANTOLA L., *Clausole vessatorie, specifica approvazione per iscritto e risarcimento del danno*, in *Vita Not.*, 1999, III;

BIGLIAZZI GERI L.- BRECCIA U.-BUSNELLI-NATOLI F., *Diritto civile, 3, Obbligazioni e contratti*, Torino, 1992, rist. 1996;

- BIGLIAZZI-GERI L., *Condizioni generali di contratto e buona fede*, in *Clausole abusive e direttiva comunitaria, Atti del convegno di Napoli del 28 maggio 1993* curato da E. Cesaro, Napoli, 1994;
- BOCCHINI E., *Il diritto commerciale nella società d'informazione*, vol. I, Padova, Cedam, 2011;
- BONELL M.J., *A proposito di una recente proposta di riforma del diritto delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, II;
- BONILINI G., *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983;
- BONOFILIO P., *L'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 1469-bis cod. civ.*, nota a Corte cost., 22 novembre 2002, n. 469, in *Nuova giur. civ.*, 2003, I;
- BONTEMPI P., *Diritto bancario e finanziario*, Milano, Giuffrè, 2009;
- BRODI E., *Dal dovere di far conoscere al dovere di far "comprendere": l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I;
- BUONOCORE V., *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Rivista di diritto civile*, 1995;
- BUSNELLI F.D., *Interesse della persona e risarcimento del danno*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996;
- BUSNELLI F.D., *Le Sezioni unite e il danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II;
- CAIANI L., voce "*Analogia (teoria generale)*", in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958;
- CALVARI F., *Equilibrio normativo ed equilibrio economico nei contratti dei consumatori: dialogo tra la giurisprudenza italiana e tedesca*, in *Contratto e Impresa* n.1 2004;
- CAMARDI C., *Contratto e rapporto nelle reti telematiche. Un nuovo modello di scambio*, in *Contr. e impr.*, 2001;
- CAMARDI C., *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. contr.*, 2010;
- CAMPAGNA M.F., *Contratto di credito e trasparenza: recenti orientamenti della Corte di Giustizia*, in *La N.G.C.C.* 2018;

CANDIAN A., *Art 32 bis. Tutela degli interessi collettivi dei consumatori*, in M. Frantini e G. Gasparri (a cura di), *Il testo unico della finanza*, Torino, 2012;

CAPOBIANCO E., *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000;

CAPOBIANCO V., *Gli obblighi di protezione nella contrattazione bancaria*, in *Contratti e Impresa*, 2012;

CARATELLI M., *La trasparenza dei rapporti negoziali tra banche e clienti: fabbisogni informativi e intervento pubblico*, in *Bancaria Editrice* 2005;

CARATELLI M., *La trasparenza tra banche e clienti*, Milano, 2006;

CARBONE V., *La difficile attuazione della direttiva comunitaria 93/13/CEE* in *Corr. Giur.* 1996;

CARLEO A., *Decisione robotica*, Bologna, 2019;

CARRIERE P., BASCELLI M., *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari: le nuove regole della Banca d'Italia*, in *Contratti*, 2009;

CARRIERO G., *Nuova trasparenza bancaria, tutela del risparmiatore e prospettive di riforma del credito al consumo*, Torino, Giappichelli, 2004;

CASSOTTANA M., *Il problema dell'interpretazione delle condizioni generali di contratto*, in *Le condizioni generali di contratto*, a cura di C.M. BIANCA, I, Milano, 1979;

CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole cd. Vessatorie cioè abusive*, in *Eur.di.priv.*, 1998;

CASTRONOVO C., *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè 2006;

CASTRONOVO C., *Danno esistenziale: il lungo addio*, in *Danno e resp.*, 2009;

CATAUDELLA A., *Condizioni generali e procedimento di formazione del contratto*, in AA. VV. *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano 1970;

CATAUDELLA, A. *I contratti parte generale*, Torino, 2014;

- CATAUDELLA A., *L'uso abusivo dei principi*, in *Rass. d. civ.*, 2014,
- CATERINI E., *Lineamenti di diritto civile italo-europeo. Dal mercato alla persona*. Napoli-Roma, 2009;
- CATRICALÀ A. – PIGNALOSA M.P., *Manuale di diritto dei consumatori*, Dike Giuridica Editrice, 2013;
- CAVALLI G., *Contratti bancari su moduli e problemi di tutela del contraente debole*, Torino, 1976;
- CENDON P., *L'urlo e la furia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II;
- CENINI M., *Risarcibilità del danno non patrimoniale in ipotesi di inadempimento contrattuale e vacanze rovinate: dal danno esistenziale al danno da «tempo libero sacrificato»?* in *Riv. dir. civ.*, 2007, II;
- CERDONIO CHIAROMONTE G., *Specifiche approvazione per iscritto delle clausole vessatorie e contrattazione on-line*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018;
- CESARO E., *Le condizioni generali di contratto nella giurisprudenza*, Padova, 1997;
- CHINÈ G., voce *Contratti di massa* (dir. vigente), in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano, 1997;
- CHINÈ G., *Contrattazione standardizzata*, in AA.VV., *Il contratto in generale*, VIII, 2, in *Tratt. dir. priv.*, Torino, 2000;
- CHINÉ G., *Uso ed abuso della nozione di consumatore nel codice del consumo*, in *Corr. merito*, 2006;
- CHINÉ G., FRATINI M., A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, VII edizione, Nel Diritto Editore, 2016;
- CHIRONI P., *Colpa contrattuale*, Torino, 1897;
- CHIRONI P., *La colpa nel diritto civile odierno. III. Colpa contrattuale*, Torino, 1903;
- CIAN G., *Interesse del creditore e patrimonialità della prestazione (Valore normativo dell'art. 1174 c.c.)*, in *Riv. dir. civ.*, 1968, I;

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., *L'informazione nella prestazione dei servizi d'investimento: gli obblighi degli intermediari*, in Gabrielli E. E Lener R. (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2011;

CILIBERTI R., *Il diritto tra sviluppo della tecnologia biologica e problematiche etiche. Il caso della fecondazione assistita*, nei *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXI, 2001;

CIVALE F. (a cura di), *La trasparenza bancaria: rapporto banca-cliente e forme di tutela*, Milano, Giuffrè, 2013;

COLANGELO G., *Interessi moratori. Divergenze tra ABF e Corte Ue, Corte costituzionale e Cassazione*, in *I Contratti*, 2015, III;

CONTE G., *Considerazioni critiche sull'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. anche al danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contratti*, 2010;

COSTANTINO M., *Regole di gioco e tutela del più debole nell'approvazione del programma contrattuale* in *Riv. dir. civ.* 1972, I;

COSTANZA M., *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987;

COSTANZA M., *La standardizzazione contrattuale: attualità e prospettive future*, in *Corriere giur.*, 1989;

COSTANZA M., *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori*, in *Giust. Civ.*, 1994;

COSTI R., *Il mercato mobiliare*, Torino, 2010;

COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2012;

CRISAFULLI V., *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1953;

CUSUMANO V., *Le condizioni generali di contratto: vessatorietà e bilateralità*”, in *La Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, II;

D'ANDREA S., *Contratti standard, contratti del consumatore e Costituzione*, in *Autonomia provata, individuale e collettiva*, a cura di P. RESCIGNO, Napoli, 2006;

DAL MOTTO E., *La clausola vessatoria od abusiva resta tale nonostante la forma notarile*, in *Riv. trim dir. e proc. civ.*, 2011, IV;

D'AMICO G., *La vessatorietà delle clausole floor*, in *I contratti* par. 3, 2017;

D'AMICO G., PAGLIANTINI S., *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione Europea tra principi e regole*, Torino, 2018;

DAVOLA A., *Bias cognitivi e contrattazione standardizzata: quali tutele per i consumatori?*, in *Contratto e Impresa*, 2017, II;

DE CRISTOFARO G., *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Riv. dir. civ le nuove leggi civili commentate*, Milano, 2014;

DE CRISTOFARO G., *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale "sleale" e i parametri di valutazione della "slealtà"*, in *Le pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2007;

DE CUPIS A., *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 1979, I;

DE LEO F., *Sospensione dell'account da parte di Ebay: tecniche di risoluzione, clausole vessatorie e abuso di dipendenza economica*, in *Resp. civ. prev.*, 2013;

DELFINI F., *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano, 2002;

DELLE MONACHE S., *Interesse non patrimoniale e danno da inadempimento*, in *Contratti*, 2010;

DELOGU L., *Nozione di consumatore. Consumatore e professionista: il lavoratore dipendente dinanzi al suo difensore*, in *Giur. it.*, 2018;

DE NOVA G., *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II;

DE NOVA G., *Criteri generali di determinazione dell'abusività di clausole ed elenco di clausole abusive*, in *Trim.*, 1994,

DE NOVA G., *Le condizioni generali di contratto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. RESCIGNO, X, *Obbligazioni e contratti*, II, Torino 1995;

DE NOVA G., *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996;

DE NOVA G., *Le condizioni generali di contratto*, in R. Sacco – G. De Nova, *Il contratto. Tomo I*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Milano, 2004;

DE NOVA G., *La semplificazione della normativa di trasparenza bancaria Relazione al Convegno ABI [Associazione Bancaria italiana]*, Roma, 17 ottobre 2019, in *Rivista di diritto bancario*, 2019, fasc. 4, pt. 1;

DENOZZA F., *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2012;

DE MARTINI A., *Contratti per adesione e approvazione specifica delle clausole vessatorie*, in *Giur. Cass. civ.*, 1948, III;

DE POLI M., *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, Cedam, 2002;

DE POLI M., *Il “contratto bancario” tra tutela della liquidità e trasparenza*, in *riv. Dir. Civ.*, 2004;

DE POLI M., *La nuova disciplina dell’impresa di assicurazione, il nuovo codice delle assicurazioni*, Milano, 2006;

DE POLI M., *sub Art. 116*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di G. De Cristofaro, Zaccaria, Padova, 2010;

DE POLI M., *La contrattazione bancaria. Tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, Milano, 2012;

DIENER M.C., *Il contratto in generale*, Milano, 2002;

DIEZ PICAZO V.L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, V ed., Vol. 1, Madrid, 1996;

DI GIOVANNI F., *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998;

DI MAJO A., *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano 1970;

DI MAJO A., *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1993;

DI MAJO A., *Trasparenza e squilibrio nelle clausole vessatorie*, in *Corr. giur.*, 2000;

DI MAJO A., *Danno esistenziale o di tipo esistenziale: qual è l'esito?* in *Corr. giur.*, 2009;

DI MARZIO M., *Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente*, in *Dir. giur.*, 2008, 526 ss., con nota di A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Le Sezioni Unite e il danno non patrimoniale: luci ed ombre*;

DOLMETTA A., *Alcune osservazioni sui più recenti "condizionamenti" legislativi delle operazioni bancarie*, in *Banche e impresa*, 1994;

DOLMETTA A. e ALIBRANDI A.S., *La facoltà di "estinzione anticipata" nei contratti bancari, con segnato riguardo alla disposizione dell'art.7 della legge n. 40/2007*, in *Riv. dir. civ.*, 2008;

DONA V.M., *Consumatori oggi tra liberalizzazioni e class-action*, in *Atti del Premio Vincenzo Dona*, 2007, Milano, 2008;

DOSSETTO M., voce *Condizioni generali di contratto*, in *Noviss.dig.it.*, III, Torino, 1959;

DONISI C., *In tema di interpretazione delle condizioni generali di polizza*, in *Ass.*, 1979, II;

DOSSETTO M., *Ancora sull'inapplicabilità dell'art. 1341 al contratto di società*, in *Il foro padano*, 1968, I;

FALAZZARI E., *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Digesto civ.*, I, Torino, 1987;

FALCO F., *sub art. 1469-quater*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Milano, 1999;

FALCONE G., *Il trattamento normativo del sovra indebitamento del consumatore*, in *Giur. Comm.*, fasc.1, 2015;

FALZEA S., *I principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991;

- FARINA V., *Brevi riflessioni sulla nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Contr. e impr.*, 2004;
- FASTRICH L., *Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht*, München, 1992;
- FEDERICO A., *Applicazione dei principi generali e funzione nomofilattica*, in *Rass. dir. civ.*, XXXIV, 3, 2018;
- FERRI G.B., *Condizioni generali di contratto, diritto dispositivo e ordine pubblico*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970,
- FERRI G.B., *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I;
- FERRO LUZZI P., *Introduzione*, in AA. VV. *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?* Torino, 2011;
- FINOCCHIARO G., *I contratti ad oggetto informatico*, Padova 1993;
- FOLLIERI L., *Il contratto concluso in Internet*, Napoli, 2005;
- FRANCARIO L., *Le clausole vessatorie*, Roma, in *Enc. giur. Treccani*, Roma;
- FRANCARIO L., *Clausole vessatorie*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988, vol. VI;
- FRANCESCHELLI V., *Computer e diritto*, Rimini, Maggioli, 1989;
- FRANCISSETTI BROLIN M.M., *Danno non patrimoniale e inadempimento. Logiche «patrimonialistiche» e valori della persona*, Napoli, 2014;
- FRANZONI M., *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, in *Corr. giur.*, 2009;
- FRANZONI M., *Il danno risarcibile*, Milano, 2010;
- GALGANO F., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997;
- GALLO P., *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007;
- GALLO P., *Meritevolezza dell'interesse e controllo contenutistico del contratto*, in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni: Scritti in onore di Giovanni Furguele*, III, Mantova, 2017;

- GALLO P., *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I;
- GALLO P., *Responsabilità precontrattuale: la fattispecie*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2004;
- GAMBINO A.M., *L'accordo telematico*, Giuffrè, Milano 1997;
- GATT L., *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina sulle clausole vessatorie. Il consumatore ed il professionista*, in *Commentario al capo XIV bis del Codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di C. M. BIANCA e BUSNELLI, Padova, 1999;
- GATT L., *sub art.1469 bis secondo comma, ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, in *Commentario al capo XIV bis del Codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di Bianca C.M.e Busnelli F., Milano, 1997;
- GENOVESE A., *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954;
- GENOVESE A., *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1961;
- GENOVESE A., *Sulla specifica approvazione per iscritto delle clausole vessatorie*, in *Obbl. e contr.*, 2005;
- GENOVESE A., *Vessatorietà e abusività delle clausole d'uso*, in *Obbl. e contr.*, 2006;
- GENOVESE A., *L'interpretazione del contratto standard*, Milano, 2008;
- GENOVESE A., *La crisi della disciplina del contratto standard*, in *Contr. Impr.*, 2019, III;
- GENOVESE A., *La crisi del contratto standard codice 1942*, in *Contratto e impresa*, 3/2019;
- GENTILI A., *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, II, Tecnica, Torino, 2015;
- GITTI A., *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994;
- GIORGIANI M., *Il dovere di conoscibilità dell'utilizzatore-predisponente di condizioni generali di contratto nella fase di formazione del consenso*, in *Eur. e dir. priv.*, 2006;
- GIORGIANI F.- TARDIVO C.M., *Manuale di diritto bancario*, Milano, Giuffrè, 2009;
- GIOVA S., *La conclusione del contratto via internet*, Napoli, 2000;

- GENTILI A., *Pratiche sleali e tutele legali dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010;
- GENTILI A., *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa*, Milano, 2006;
- GORLA G., *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.* 1963, I;
- GRAF VON WESTPHALEN, *AGB-Rechtlinie und AGB-Gesetz*, in *Europ. Wirtschafts-Steuerrecht*, 1993;
- GRANELLI C., *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 2007;
- GRECO F., *Informazione precontrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, Giuffrè, 2010;
- GUERINONI E., *I contratti del consumatore. Principi e regole*, Torino, 2011;
- HABERSACK-KLEINDIEK-WIEDENMANN V., *Die EG-Rechtlinie uer missbrauchliche Klausen in Verbrauchervertr gend und das kunftige AGB-Gesetz*, in *Zeitschrif. Wirtschaftsrecht*, 1993;
- INZITARI B. e PICCININI V., *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008;
- IRTI N., *Scambi senza accordo*, in *Riv. dir. civ.*, 1998;
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998;
- IRTI N., *L'et  della decodificazione. Venti anni dopo*, Milano, 1999;
- IULIANI A., *La trasparenza consumeristica nell'interpretazione della Corte di giustizia e della dottrina*, Nota a sent. CGUE sez. VII 5 giugno 2019 (causa C-38/17), in *Il Foro italiano*, 2020;
- KIRSCHEN S., *Commento all'art. 3, 1  comma, lett. a*, in *Codice del consumo. Commentario*, a cura di Alpa G. e Rossi Carleo L., Napoli, 2005;

- KRAMER E.M., *Le funzioni dei principi generali del diritto: tentativo di strutturazione*, (trad. it.), in *Eur. dir. priv.*, 2001;
- KREBS D., *Schranken der Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen*, Baden-Baden, 1990;
- LANZILLO R., *La proporzione fra le prestazioni. Corso di diritto civile*, Padova, 2003;
- LAZZARELLI F., *E-commerce e contraente debole (non consumatore). Considerazioni sistematiche a margine dei recenti interventi del legislatore UE e della Corte di Giustizia*, in *Le Corti Salernitane*, 2019;
- LEONI F., *Condizioni generali di contratto*, in *Studium Iuris*, Cedam, 2003;
- LIBERTINI M., *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. Impr.*, 2009;
- LIBERTINI M., *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. c. dir. priv.*, 2011;
- LIPARI N., *Intorno ai principi generali del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2016;
- LIPARI N., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, in G. D'Amico, S. Pagliantini, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione Europea tra principi e regole*, Torino, 2018;
- LLAMAS POMBO E., *Ordinamento spagnolo e clausole vessatorie*, in A. Bellelli, L. Mezzasoma e F. Rizzo, *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, 2014;
- LUCANTONI P., *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, in Gabrielli E. e Lener R. (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2011;
- LUCARELLI F., *Regime dei suoli e progetto di equo canone*, in *Rass. dir. civ.*, 1980;
- LUPOI A., *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento*, in *Contratti e impresa*, 2007;
- MACARIO F., *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale*, in *Obbl. e contr.*, 2006;

MACARIO F., *Dai «contratti delle imprese» al «terzo contratto»: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in *Jus*, 2009;

MACELLO M., *Problematiche in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *La nuova legge bancaria. Prime riflessioni sul testo unico in materia bancaria e creditizia*, a cura di M. Rispoli Farina, Napoli, 1995;

MAGGIOLO M., *Il contratto predisposto*, Padova, 1996;

MAGGIOLO M., *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, in S. Patti (diretto da), *Responsabilità civile. Danno non patrimoniale*, a cura di S. Delle Monache, Torino, 2010;

MAIMERI F., *Finanziamento alle imprese e riforma societaria*, Reggio Calabria, Falzea editore, 2004;

MAISANO A., *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie. La difficile transizione dal diritto delle banche al diritto bancario*, Milano, 1993;

MAJELLO U., *Considerazioni in tema di condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. civ.* 1986, I;

MAJELLO U., *Problematiche in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *La nuova legge bancaria. Prime riflessioni sul Testo unico in materia bancaria e creditizia*, a cura di Rispoli Farina, Napoli, 1995;

MAIORCA S., voce *Contratti standard*, in *Noviss. Dig. It.*, Appendice, II, Torino, 1981;

MARELLA M.R., *Struttura dell'obbligazione e analisi rimediabile nei danni non patrimoniali da inadempimento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2013;

MARICONDA V., *Sub art. 1341 c.c.*, in G. Alpa E V. Mariconda (a cura di), *Codice dei contratti commentato*, Milano, 2017;

MARINO G., *Scorrettezza della pratica ad abusività della clausola nella disciplina del contratto del consumatore*, in *Contratti e impresa*, 2014;

MARTI C., *Accordi non omologati tra coniugi separati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, II;

MASUCCI S.T., *Commento sub. art. 1469-quater*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel Codice civile*, a cura di Barengi A., Napoli, 1996;

MAZZAMUTO S., *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. e impr.*, 1994;

MAZZAMUTO S., *Il contratto e le tutele*, in Id. (a cura di), *Il contratto e le tutele: prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002;

MAZZAMUTO S., *Una rilettura del mobbing: obbligo di protezione e condotte plurime d'inadempimento*, in *Europa e dir. priv.*, 2003;

MAZZAMUTO S., *Il rapporto tra gli artt. 2059 e 2043 c.c. e le ambiguità delle Sezioni Unite a proposito della risarcibilità del danno non patrimoniale*, in *Contr. e impr.*, 2009;

MAZZAMUTO S., *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, Torino, 2015;

MENGGONI L., *Spunti per una teoria sulle clausole generali*, in *Riv. c. dir. priv.*, 1986;

MENGGONI L., *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I;

MERCOLINO G., *Mercati finanziari, equilibrio contrattuale e concorrenza*, in *Le più rilevanti decisioni civili della Corte di Cassazione (Corte Suprema di Cassazione – Ufficio del Massimario, a cura di)*, Roma, 2009;

MESSINETTI D., *Considerazioni sul danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I;

MINERVINI G., *Il controllo del mercato finanziario. L'alluvione delle leggi*, in *Giur. comm.*, 1992, I;

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

MINERVINI E., *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Milano, 1999;

MINERVINI E., *I contratti dei consumatori*, in Volume IV. Rimedi – 1, a cura di Gentili, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, Milano, 2006;

MINERVINI E., *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2014;

MINERVINI E e BARTOLOMUCCI P., *La tutela del consumatore telematico*, in AA. VV., *Manuale di diritto dell'informatica*, (a cura di) Daniela Valentino, Napoli, 2016;

MINOZZI A., *Danno morale*, in *Studio sul danno non patrimoniale*, Milano, 1901;

- MINTO A., *Assetti organizzativi adeguati e governo del rischio nell'impresa bancaria*, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.6, 2014;
- MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*, IV, Torino, 1980;
- MIRONE A., *La trasparenza bancaria*, Padova, CEDAM, 2013;
- MIRONE A., *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino, 2003;
- MORELATO E., *Nuovi requisiti di forma nel contratto: trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006;
- MORELLO U., *Condizioni generali di contratto*, in *Digesto civ.*, III, Torino, 1988;
- MORERA U. e BRESCIA MORRA C., *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006;
- MORGANTE D., *Regime e indipendenza dei consulenti finanziari e società di consulenza finanziaria*, in *Federalismi.it*, 29 Febbraio 2012;
- MORRA C.B., *Il diritto delle banche*, seconda edizione, Trento, 2018;
- MOTTERLINI M., *Economia emotiva. Che cosa si nasconde dietro i nostri conti quotidiani*, Rizzoli, 2009;
- MUCCIARONE G., *La liceità delle "spese secondarie" nelle operazioni bancarie: l'impatto della direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010;
- NAVARRETTA E.- POLETTI D., *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in *Navarretta (a cura di), I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano, 2004;
- NAVARRETTA E., *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la sostanza dei danni non patrimoniali*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, con note di MONATERI P.G., *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*;

- NAVARRETTA E., *Danni non patrimoniali: il compimento della Drittwirkung e il declino delle antinomie*, 2009, II;
- NAZZARO A.C., *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, in *Inf. edir.*, 2010, n. 1-2;
- NERVI A., *La nozione giuridica di informazione e la disciplina del mercato. Argomenti di discussione*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, I;
- NIGRO A., *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1992, I;
- NIGRO A., *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla consulenza? Saggio contenuto in Diritto della banca e dei mercati finanziari*, 2013;
- NITTI S., *Duty of disclosure nel contratto di assicurazione. Analisi comparata tra sistema italiano e sistema inglese*, in *Dir. ec. ass.*;
- NIVARRA L., *Ragionevolezza e diritto privato*, in AA.VV., *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica, VII, Ragionevolezza e interpretazione*, Padova, 2002;
- NIVARRA L., *I nuovi orizzonti della responsabilità contrattuale*, Torino, 2015;
- NUZZO M., *Tutela del consumatore e disciplina generale del contratto*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999;
- OPPO G., *Lo «squilibrio» contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I;
- ORESTANO A., *I contratti con in consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria*,
- ORLANDO S., *Sub art. 1341*, in G. Bonilini e M. Confortini, *Codice civile commentato*, Milano, 2012;
- PAGADOR LÓPEZ J., *La direttiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid- Barcellona, 1998;
- PAGLIANTINI S., *Per un'interpretazione comunitariamente orientata dei danni non patrimoniali da contratto*, in *Contratti*, 2010;

PAGLIANTINI S., *La forma informativa degli scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore a proposito di Corte. Giust. CE 3 settembre 2009, C-489/07*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II;

PAGLIANTINI S., *voce Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali V, Milano, 2012;

PAGLIANTINI S., *L'equilibrio soggettivo dello scambio e l'integrazione tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: il mondo di ieri o un trompe l'ocil concettuale?* In *Contratti*, 2014;

PAGLIANTINI S., *Neoformalismo e trasparenza secondo il canone della Corte di Giustizia: note sparse sui casi conenent services e ebookers.com Alla luce della direttiva 2011/83/UE*, in *Persona e Mercato* 2014;

PAGLIANTINI S., *L'armonizzazione minima tra regole e principi (studio preliminare sul diritto contrattuale derivato)* in G. D'amico e Id, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione Europea tra principi e regole*, Giappichelli, 2018;

PAGLIANTINI S., *La trasparenza consumeristica tra "dottrina" della Corte cd equivoci interpretativi (Consumer transparency between the Court's "doctrine" and misinterpretations)*, in *Europa e diritto privato*, 2019, fasc. 3;

PAGLIANTINI S., *In memoriam del consumatore medio*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.1, 1° marzo 2021;

PAGLIANTINI S., *Un giro d'orizzonte sulle nullità del terzo millennio (A tour of the horizon on the nullities of protection of the third millennium)*, in *Persona e Mercato*, 2021, fasc. 1;

PALMERINI E., *Il danno da vacanza rovinata e le altre fattispecie tipizzate*, in Navaretta (a cura di), *I danni non patrimoniali*, Giuffrè, Milano, 2004;

PANZA G., *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970;

PARACAMPO M. T., *Il ruolo dell'educazione finanziaria nella recente disciplina del mercato finanziario*, in www.dirittobancario.it, 2011;

PARDOLESI R., *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?* in *Foro it.*, 1994, V;

- Pardolesi R., *Clausole abusive nei contratti dei consumatori. E oltre?* in *For. it.*, 2014;
- PATTI S., *Le clausole vessatorie*, in *Responsabilità precontrattuale e contratti standard* (commentario al Codice civile diretto da SCHLESINGER P., artt. 1337 - 1342), Milano, 1993;
- PATTI S., *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1996;
- PATTI S., *Le Sezioni Unite e la parabola del danno esistenziale*, in *Corr. giur.*, 2009;
- PATTI S., *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012;
- PATTI S., *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013;
- PATTI F.P., *La determinazione convenzionale del danno*, Napoli, 2015;
- PATTI S., *Clausole generali e discrezionalità del giudice*, in P. Rescigno- S. Patti, *La genesi della sentenza*, Bologna, 2016;
- PAVONE LA ROSA A., *Introduzione*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970;
- PENNASILICO M., *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Dir. Inf.*, 2004;
- PERISCO E., *La clausola penale*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 1996, II;
- PERLINGIERI P., *Appunti. sull'inquadramento della disciplina del c.d. condizioni generali di contratto*, in *Atti della tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania 17-18 maggio 1969*, Milano, 1970;
- PERLINGIERI P., *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990;
- PERLINGIERI P. e FEMIA P., *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli 2004;
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, II ed., Napoli, 2006;
- PERLINGIERI P., *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006;

PERLINGIERI G., *Il contratto telematico*, in D. Valentino (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, II ed., Napoli, ESI, 2011;

PERLINGIERI G., *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015;

PERLINGIERI P., *I principi giuridici tra pregiudizi, difficoltà e conservatorismo*, in AA.VV., *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di Sergio Moccia*, Napoli, 2017;

PETTI G.B., *Il risarcimento del danno non patrimoniale e patrimoniale*, Torino, 1999;

PIGNALOSA M.P., *Contratti a distanza e recesso del consumatore*, Milano, 2016;

PIRAINO F., *Sulla nozione di bene giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012;

PODDIGHE E., *I contratti con i consumatori*, Milano, 2000;

POLETTI D., *La dualità del sistema risarcitorio e l'unicità della categoria dei danni non patrimoniali*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2009;

PONCIBÒ C., *Il consumatore medio*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007;

PONZANELLI G., *La prevista esclusione del danno esistenziale e il principio di integrale riparazione del danno: verso un nuovo sistema di riparazione del danno alla persona*, 2009;

PORZIO M., *Note introduttive, Commentario alla legge 17 febbraio 1992, n. 154*, a cura di M. Porzio, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993;

QUADRI E., *Intervento*, in *Trasparenza e legittimità delle condizioni generali di contratto*, a cura di A. Marini e C. Stolfi, Napoli, 1992;

QUADRI E., *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011;

RESCIGNO P., *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Persona e comunità*, II, Padova, 1988;

RESCIGNO P., *«Trasparenza» bancaria e di diritto «comune»*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1990;

RESTA G., *Contratto e persona*, in *Trattato del contratto diretto da Roppo*, VI, *Interferenze*, a cura di Roppo, Milano, 2006;

RESTA G., *Dignità, persone, mercati*, Torino, 2014;

RICCIO A., *Verso l'atipicità del danno non patrimoniale: il mancato rispetto dei vincoli derivanti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo solleva una nuova questione di costituzionalità dell'art. 2059 c.c.?* in *Contr. e impr.*, 2009;

RIZZO V., in E. CÉSARO, *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (art. 1469 - bis. ss. c.c.)*, Padova, 1982;

RIZZO V., *Condizioni generali di contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983;

RIZZO V., *Le clausole «abusive»: realtà e prospettive. La direttiva CEE del 5 aprile 1993*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 1993;

RIZZO V., *Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994;

RIZZO V., *Commento sub art. 1469-quater*, in *Commentario al capo XIV bis del Codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di Bianca, Busnelli, Bigliazzi Geri, Bocchini, Costanza, Judica, Nuzzo, Rizzo, Sesta, Vettori, in *Nuove leggi civ.*, 1997;

RIZZO V., *La disciplina del Codice civile sulle condizioni generali di contratto e la tutela dell'aderente-consumatore: sua insufficienza*, in P. Perlingieri e E. Caterini (a cura di), *Il diritto dei consumi*, Napoli, 2004;

RIZZO V., *Trasparenza e «contratti del consumatore» (La novella al codice civile)*, Napoli, 2010;

RIZZO V., *Principio di trasparenza e tutela del «contraente debole» (con particolare riguardo al settore assicurativo – e finanziario –)*, in L. Mezzasoma, A. Bellucci, A. CANDIAN, P. CORRIAS, S. Landini e E. LLAMAS POMBO (a cura di), *La Banca-assicurazione*, Napoli, 2017;

RODOTÀ S., *Il controllo Sulle Condizioni Generali Di Contratto*, in G. Amato, S. Cassese e S. Rodotà (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private*, Genova, 1972;

ROMAGNOLI G., *Clausole vessatorie e contratti d'impresa*, Padova, 1997;

ROPPO V., *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di imprese*, Milano, 1975;

ROPPO V., *Il contratto*, Bologna, 1991;

ROPPO V., *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. giur. Treccani vol. VI*, Roma, 1994;

ROPPO E., *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 1994;

ROPPO V., *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive (vessatorie) nei contratti tra professionisti e consumatori: artt 1469 bis e segg.*, in *Dir. priv.*, 1996;

ROPPO V., *Il contratto*, nel *Trattato dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2001;

ROPPO V., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, in *Riv. dir. priv.*, 2007;

ROPPO V., *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?* in *Riv. dir. priv.*, 2010;

ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2011;

ROSSI CARLEO L., *Clausole vessatorie e tipologie di controllo*,

RUFFINI T., *Banche (trasparenza delle condizioni contrattuali)*, in *Digesto comm.*, Agg., Torino, 2000;

RUFFOLO U., *Le clausole vessatorie, abusive, inique e la ricodificazione degli artt. 1469 bis-1469 sexies c.c.*, in U. Ruffolo (a cura di), *Clausole "vessatorie" e "abusive". Gli artt. 1469-bis e ss. c.c. e i contratti del consumatore*, Milano, 1997;

RUSSO G., *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950;

SACCO R., *Il consenso*, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da Rescigno P., Torino;

SALVESTRONI U., *Principi o clausole generali, clausole «abusive» o «vessatorie» e diritto comunitario*, in *Riv. dir. comm.*, 1995;

SCAGLIONE F., *Buona fede in contrahendo e ordine pubblico economico nel sistema del diritto privato del mercato*, in *Giur. It.*, 2008;

SCAVONE F., *Le clausole abusive e gli effetti della declaratoria di nullità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: il caso Kàsler c. OTP Jelzalogbank Zrt*, in *Contr. impr/Eur.*, 2014;

SCHLESINGGER P., voce “*Dichiarazione (teoria generale)*”, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964;

SCIARRONE ALIBRANDI A., *sub art. 126-bis*, in Porzio M. (a cura di), *Testo Unico Bancario. Commentario*, Milano, 2010;

SCODITTI E., *La responsabilità per i danni da clausole abusive*, in *Riv. dir. priv.*, 2007;

SCOGNAMIGLIO C., *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002;

SCOGNAMIGLIO C., *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato del contratto*, in V. Roppo (a cura di), II, Milano, 2006;

SCOGNAMIGLIO C., *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2009;

SCOGNAMIGLIO R., *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1957;

SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale*, in *Commentario al Codice Civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970;

SCOGNAMIGLIO R., *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in *Contratti*, 2010;

SCOGNAMIGLIO R., *La responsabilità contrattuale, il danno non patrimoniale e il danno morale*, in Mazzamuto (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012;

SCOGNAMIGLIO V., *Contratti in generale*, Milano, 1972;

SCOTTI A., *Obblighi di buona fede e correttezza dell'intermediario finanziario nel rapporto con la clientela professionale*, in *Corr. giur.*, 2013;

SERRA, *Atto pubblico e tutela del contraente. L'applicabilità dell'art. 1341, comma 2, cod. civ., ai contratti notarili*, in *Riv. Giur. Sarda*, 2002;

SERRAO E., *Inadempimento e danno esistenziale*, in U. Dal Lago – R. Bordon (a cura di), *La nuova disciplina del danno non patrimoniale*, Milano, 2005;

SILVETTI C., in Calandra, Buonauro, Perassi, Silveti, *La banca: l'impresa ed i contratti*, in *Trattato di diritto commerciale*, a cura di Cottino, VI, Padova, 2001;

SIRGIOVANNI B., *Interpretazione del contratto non negoziato con il consumatore*, in *Rass. dir. civ.*, 2006;

SPANGA G., *Le Sezioni unite e l'art. 2059: censure, riordini, ed innovazioni del dopo principi*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, con nota di GRISI G., *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia "creativa" delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2009; con note di CASSANO G., *Danno non patrimoniale ed esistenziale: primissime note critiche a Cassazione civile, Sezioni unite*, 11 novembre 2008;

STANZIONE P., *Le clausole onerose nelle assicurazioni private*, Milano, 1970.

STANZIONE P., TROISI B., *Principi generali del diritto civile*, Torino, 2011;

TATARANO V.G., *Clausole vessatorie e atto notarile. Osservazioni sul ruolo del notaio nella contrattazione standardizzata*, in *Studi in onore di Capozzi*, I, 2, Milano, 1992;

TAVOLARO D., *Contratti di massa, tutela del contraente debole e clausole «abusive»: aspetti problematici relativi all'attuazione della direttiva 93/13/CEE*, in *Documenti giustizia*, 1996;

TESCIONE F., *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008;

TIDU A., *Trasparenza delle condizioni dei contratti bancari e finanziari (voce)*, in *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994;

TOMARCHIO V., *L'unilateralità del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni unite*; in *Nuoviss. giur. civ. comm.*, 2009, I, 102 ss., con note di BARGELLI E., *Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite*;

TOMMASINI R., *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, in *Rivista di diritto alimentare*, 2012;

TOSI E., *Il con-tratto virtuale. Procedimenti formativi e forme negoziali tra tipicità e atipicità*, Giuffrè, 2005;

TOSI E., *Contratti informatici, telematici e virtuali. Nuove forme e procedimenti formativi*, Milano, 2010;

TOSI E., *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo di cui al D. Lgs. 21 febbraio 2014, N.21*, in *Contratto e impresa*, 2014;

TRIMARCHI P., *Il diritto protegge gli ingenui*, *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014;

TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, XXIII edizione, Giuffrè, 2020;

TROIANO S., *Significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. Commento sub art. 1469-bis, 1° comma, ne 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, I;

TROIANO S., *Art 1469 bis 1 comma c.c. in Le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, a cura di G. Alpa e S. Patti, Milano, 1997;

TULLIO A., *Il contratto per adesione. Tra il diritto comune dei contratti e la novella sui contratti dei consumatori*, Milano, 1997;

UBERTAZZI L.C., *Banche e concorrenza. Scritti*, Milano, 2007;

UDA G.M., *La buona fede nelle clausole abusive*, in AA.VV., *Le clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Il Codice civile – Commentario fondato da P. Schlesinger e diretto da F. Busnelli*, Milano, 2003;

VETTORI G., *Il danno non patrimoniale tra illecito e contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 246;

VETTORI G., *Oltre il consumatore*, in *Obbl. e contr.*, 2011;

VIOLA L., *Interpretazione della legge con modelli matematici*, *Diritto Avanzato*, Milano, 2021;

VIOLA F., in ID e G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari, 1999;

VITERBO F.G., *Il controllo di abusività delle clausole nei contratti bancari con i consumatori*, collana *Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università degli studi di Camerino*, 2018;

ZACCARIA A., *Il risarcimento del danno non patrimoniale in sede contrattuale*, in *Resp. civ.*, 2009;

ZANCHI G., «*Critica dell'interpretazione dell'articolo 33 codice del cons. fornito dalla cassazione*» in *Riv. dir. civ Giurisprudenza Italiana* - aprile 2018;

ZANCHI G., *Presunzione, onere della prova e giudizio di vessatorietà delle clausole contrattuali*, in *Giur. It.*, 2018, IV, 848.

ZENO-ZENCOVICH V., *Danni non patrimoniali e inadempimento*, Milano, 1984;

ZENO-ZENCOVICH V., *Interesse del creditore e danno contrattuale non patrimoniale*, in *Riv. dir. comm.*, 1987;

ZENO ZENCOVICH V., *Commento sub art. 10, ne La tutela dei dati personali, Commentario alla legge n. 675/1996*, a cura di Giannantonio-Losano-Zeno Zencovich, nella collana *Diritto Scienza Tecnologia*, diretta da Giannantonio e P. Rescigno, Padova, 1997;

ZENO ZENCOVICH V., *Il «consenso informato» e la «autodeterminazione informativa» nella prima decisione del garante*, in *Corr. giur.*, 1997;

ZIVIZ P., *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l'uso*; in *Danno e resp.*, 2009;

ZOPPINI A., *Il diritto privato e le libertà fondamentali dell'Unione Europea (principi e problemi della Drittwirkung nel mercato unico)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016;

ZOPPINI A., *Appunti in tema di rapporti tra tutele civilistiche e disciplina della vigilanza bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012.

