

Edoardo Ferrante

*Il consenso contrattuale e le sue gradazioni:
l'esempio dell'interpretazione contro l'autore della clausola*

SOMMARIO: 1. Il predisponente da autorità 'di fatto' ad autorità 'di diritto' – 2. Gradazioni del consenso e 'gradazioni' degli istituti contrattuali – 3. Un esempio: l'interpretazione contro l'autore della clausola fra parte generale e parte speciale – 4. I capisaldi della dir. 13/1993 e il problema della trasparenza del contratto – 5. Clausole mancanti di chiarezza e comprensibilità: la trasparenza come regola di comportamento (critica) – 6. *segue*: L'oggettivazione del requisito di trasparenza e del suo difetto. – 7. *segue*: La tesi della vessatorietà (critica) – 8. L'interpretazione contro l'autore della clausola in versione debole – 9. L'interpretazione contro l'autore della clausola in versione forte – 10. Prima conclusione: l'interpretazione contro l'autore della clausola come rimedio unico – 11. Seconda conclusione: il consumatore autorità privata?

1. *Il predisponente da autorità 'di fatto' ad autorità 'di diritto'*

In tema di condizioni generali *Le autorità private* di Cesare Massimo Bianca, a distanza di quarant'anni dalla pubblicazione, appare non solo una ricognizione del dibattito allora in corso, ma soprattutto una pietra miliare nell'avanzamento delle ricerche¹. Dopo il fermento dei primi Anni '70 - si pensi al celebre convegno catanese sulla *Tutela del contraente debole* e ad alcuni scritti di quegli anni² - lo studio dei poteri privati, del

¹ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, in particolare p. 62 ss.

² Il convegno catanese del 1969 diede alla luce il volume AA.VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole. Atti della Tavola rotonda tenuta presso l'Istituto di diritto privato dell'Università di Catania* (17-18 maggio 1969), Milano, 1970, volume giudicato reativo, soltanto pochi anni dopo, da C.M. MAZZONI, *Contratti di massa e controlli nel diritto privato*, Napoli, 1975, p. 9 nt. 5 (che scriveva nella medesima collana de *Le autorità private* di Bianca, vale a dire la *Biblioteca ordinata da Pietro Rescigno*; la collana ha poi ospitato una serie cospicua di monografie dedicate allo studio dei poteri privati e dei limiti dell'autonomia contrattuale). In quegli stessi anni fioriscono alcuni contributi di spessore: per tutti, P. BARCELLONA, *Sui controlli della libertà contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*,

contratto predisposto come momento di dominio economico, raggiunge nelle pagine di Bianca un'importante maturazione. L'orizzonte è quello del predisponente come autorità privata 'di fatto', l'obiettivo formulare ipotesi di controllo sull'autonomia contrattuale, o meglio sul potere unilaterale di predisposizione esercitato dalla parte forte³.

Autorità di fatto e controlli: questo, in poche parole, il quadro d'allora⁴. Un quadro che a fronte di una legislazione ferma al 1942 - eppure il codice conteneva norme anticipatrici⁵ - mostrava una crescente insoddisfazione dottrinale. Il contratto per adesione poneva al centro della scena, per la prima volta forse, il problema dei controlli, ma tutto sommato reggeva l'idea che esso non differisse dalla nozione di cui all'art. 1321 c.c. Autorità sì, ma di fatto: in diritto il predisponente non è che parte, esattamente come l'aderente. È un approccio 'normalizzatore', nel senso che le peculiarità, le esigenze, le storture del contratto per condizioni generali iniziano a farsi largo, suscitando elaborate e per certi versi insuperate costruzioni, ma il dogma della volontà non è messo in discussione.

Nella logica mercantile il consenso della parte debole costituisce anzi la maggior forma di legittimazione dello strapotere della parte forte. Tanto nei contratti *business-to-business* quanto nei contratti *business-to-consumer* l'asimmetria economica è oscurata dalla struttura formalmente paritetica dell'accordo⁶. Di più: nello spirito del capitalismo la parità esteriore propria

1965, II, p. 580 ss.; A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 192 ss.; S. RODOTÀ, *Il controllo sulle condizioni generali di contratto*, in G. AMATO, S. CASSESE, S. RODOTÀ (a cura di), *Il controllo sociale delle attività private. Testi e materiali*, Genova, 1972, p. 239 ss.; ed E. ROPPO, *Contratti standard*, Milano, 1975 (ma rist. 2017), *passim* ma in particolare p. 81 ss. E già dai titoli di questi lavori balza in primo piano il tema dei controlli.

³ Inutile dire che il dibattito ha radici più antiche, sia in Italia sia altrove: L. RAISER, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bad Homburg, 1935 (rist. inalt. 1961), in particolare pp. 59-64, 109 ss., 237 ss., 281-283, 324 ss. e 502 ss.; ID., *Generalreferate*, in *Richterliche Kontrolle von AGB*, Berlin, 1968, p. 127 ss. e p. 137 ss.; celeberrimi F. KESSLER, *Contracts of adhesion - Some Thoughts About Freedom of Contract*, in *Columbia Law Review*, 1943, p. 629 ss. e in particolare p. 640 ss.; e, nella stessa ottica seppur in tempi più recenti, T.D. RAKOFF, *Contracts of adhesion: an essay in reconstruction*, in *Harvard Law Review*, 1982-1983, p. 1173 ss.

⁴ Un'illustrazione più completa si legge in G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger*, Milano, 2014, p. 627 ss.

⁵ Il «Progetto italo-francese di Codice delle obbligazioni e dei contratti» del 1927 non conteneva neppure un frammento di norma in tema di condizioni generali: F. DEGNI, *La solidarietà umana nella rinnovazione del diritto civile (a proposito del «Progetto italo-francese di Codice delle obbligazioni e dei contratti»)*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, I, p. 145 ss.

⁶ L'adesione come forma o strategia divisionale privata, 'perversione della funzione legittimante del consenso': P. FEMIA, *Autonomia e autolegislazione*, in S. MAZZAMUTO,

del contratto giustifica moralmente la ricerca del profitto, siccome ottenuto non già 'contro' ma 'secondo' la volontà di tutti i soggetti del mercato, di quelli che producono e di quelli che consumano⁷. Si ricrea un'armonia universale ma formale, ove le disarmonie sostanziali stentano a trovare rilievo⁸. La forma consensuale assolve l'ingrato compito di rendere credibile, per la mentalità del giurista, un sistema di uguaglianze che non ha riscontro nella sostanza⁹.

Altrove il dibattito è più avanzato e si traduce in diritto posto. Mentre la dottrina italiana, con echi giurisprudenziali modesti, discute d'autorità di fatto del predisponente e di (possibili) controlli sulla sua attività di 'legislatore contrattuale'¹⁰, in Germania la lunga parabola giudiziaria del § 242 BGB termina col fondamentale *AGB-Gesetz* del 1976-77. Un testo che vede la luce proprio mentre in Italia è pubblicato *Le autorità private* di Bianca.

Qui il parallelo con l'esperienza tedesca mostra velocità e andamenti diversi: il nostro codice del 1942 è posteriore all'antica giurisprudenza germanica sull'*AGB-Recht*, ma precede di molto la legge tedesca del 1976-77; quest'ultima anticipa e prende quasi alla sprovvista il dibattito italiano dei primi Anni '70, ma stenta a farsi largo, sia in Germania sia a maggior ragione in Italia, almeno fino agli Anni '90¹¹.

La materia entra infatti in una fase di sospensione almeno fino al 1993, quando è emanata la dir. 13/1993 concernente le clausole abusive nei contratti con i consumatori¹². Le norme europee, refluite prima negli artt.

L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, pp. 36-37; e ID., *Desire for Text: Bridling the Divisional Strategy of Contract*, in *Law and Contemporary Problems*, 2013, p. 151 ss.

⁷ «Nello spazio del mercato la tirannide contrattuale agisce nella lingua del consenso»: così ancora P. FEMIA, *Autonomia e autolegislazione*, cit., p. 39. La ricerca del consenso non è appannaggio del contratto «democratico» (E. NAVARRETTA, *Il contratto «democratico» e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1262 ss.), perché anzi la dittatura contrattuale è quella più pronta a mimetizzarsi sotto le spoglie della fusione di volontà.

⁸ Per tutti, O. v. GIERKE, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin, 1889, p. 28 ss.

⁹ C.M. MAZZONI, *Contratti di massa*, cit., pp. 7-8.

¹⁰ Ma il dibattito non s'è spento: «padroni della legislazione privata», li chiama P. FEMIA, *Autonomia e autolegislazione*, cit., p. 43.

¹¹ Per un tentativo di ricostruzione in parallelo, E. FERRANTE, R. KOCH, *Le condizioni generali di contratto: collocazione e limiti del controllo di vessatorietà nella prospettiva italo-tedesca*, in *Contr. e impr. Europa*, 2011, p. 695 ss.

¹² Dir. 13/1993 del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le «clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori», in *G.U.C.E.*, L 95 del 21 aprile 1993, modificata con la «direttiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori (...), in *G.U.U.E.*, L 304 del 22 novembre 2011, e rettificata, quanto alla versione italiana, con la «Rettifica della direttiva 93/13/CEE [...]»,

1469-*bis* ss. c.c. e poi negli artt. 33 ss. c. cons., destano in tutta Europa la ripresa del dibattito, ma mentre in Germania la novità è più esteriore che essenziale - la direttiva aveva tratto larga ispirazione proprio dall'*AGB-Gesetz* tedesco¹³ - in Italia segna una cesura profonda. Il problema dei controlli

in *G.U.U.E*, L 137 del 4 giugno 2015.

¹³ In Germania il controllo sull'incorporazione e sul contenuto delle clausole predisposte non è mai stato posto in relazione alla materia consumeristica: lì una (mai prospettata) attuazione letterale della dir. 13/1993, a portata strettamente consumeristica, avrebbe implicato un ridimensionamento degli scopi e degli ambiti del controllo sulle condizioni generali, dal contratto per adesione *tout court* a quello intercorrente fra professionisti e consumatori, dalla regolazione del mercato a quella del suo segmento ultimo, vale a dire il patto fra rivenditore al dettaglio e fruitore diretto del bene o servizio. Un tale processo è stato rifiutato dal legislatore tedesco sia in fase di primo recepimento, che non ebbe a richiedere particolari modifiche della normativa preesistente - l'integrazione del § 12 BGB e l'aggiunta del § 24a *AGB-Gesetz*, poi divenuto con qualche ritocco il 'nuovo' § 310, c. 3, BGB -, sia all'atto della ricodificazione eseguita nel 2001 con la *Schuldrechtsreform*, che ha attratto nel tessuto codicistico l'*AGB-Gesetz* ('nuovi' §§ 305-310 BGB: fra i molti, P. ULMER, *Integration des AGB-Gesetzes in das BGB?*, in R. SCHULZE, H. SCHULTE-NÖLKE [Hrsg.], *Die schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen, 2001, p. 215 ss.; T. PFEIFFER, *Die Integration von "Nebengesetzen" in das BGB*, in W. ERNST, R. ZIMMERMANN [Hrsg.], *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tübingen, 2001, p. 481 ss.; ID. e B. SCHINKELS, *Schuldrechtsmodernisierung und AGB-Gesetz*, in H.W. MICKLITZ, T. PFEIFFER, K. TÖNNER, A. WILLINGMANN [Hrsg.], *Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz*, Baden-Baden, 2001, p. 133 ss.; e W.H. ROTH, *Europäischer Verbraucherschutz und BGB*, in *Juristen Zeitung*, 2001, p. 475 ss.; F. GRAF V. WESTPHALEN, *AGB-Recht ins BGB - Eine erste Bestandsaufnahme*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, p. 12 ss.; e per un commento dall'estero, J. ROCHFELD, D. HOUTCIEFF, *Perspectives de développement du droit communautaire en matière de la consommation*, in R. SCHULZE, M. EBERS, H.C. GRIGOLEIT [Hrsg.], *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen, 2003, p. 49 ss.; più che creare diritto nuovo la ricodificazione ha spostato quello 'vecchio', opera comunque non banale, come non sarebbe banale riportare nel codice civile italiano gli artt. 33 ss. c. cons.). All'esito il 'ritorno' sistematico dell'attuazione e ricodificazione tedesche appare duplice: gli schemi di protezione contrattuale del consumatore s'ergono a generali e la normativa in termini si trova tutta nel codice. Ecco che il diritto europeo entra pienamente nel sistema (ma non sono mancate voci critiche: P. SCHLECHTRIEM, *Die Anpassung des deutschen Rechts an die Klausel-Richtlinie und den Richtlinienentwurf zum Verbraucherkaufrecht*, in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 2001, p. 335; e M. MÖLLERS, *Europäische Richtlinien zum Bürgerlichen Recht*, in *Juristen Zeitung*, 2002, pp. 121-126). Ciò non toglie che questo divario fra obiettivi e campi d'intervento - la direttiva 'nasce' in Germania ma si restringe ai consumatori, l'ordinamento che l'ha prodotta mantiene in vigore una normativa più lata - abbia recato talune perplessità applicative (in termini generali, F. ZOLL, *The problems associated with the implementation of directives into national legal systems - a few examples from the codified legal traditions*, in C. TWIGG-FLESNER [ed.], *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham, 2016, p. 68 ss.). La legislazione tedesca 'derivata' s'è scoperta a posteriori 'sovra-obbligatoria' (T. JÄGER, *Überschießende*

trova infine una risposta, seppur non risolutiva, ed anche l'idea dell'autorità di fatto o atipica del predisponente inizia a vacillare¹⁴.

Proprio una norma di provenienza europea, apparentemente innocua¹⁵,

Richtlinienumsetzung im Privatrecht, Baden-Baden, 2006, in particolare p. 96 ss.), ma le sentenze della Corte di Giustizia (cui dovrà rivolgersi presto l'attenzione: *infra*, § 9) non possono che cadere sui contratti del consumatore, anche quando il remittente appartenga ad un ordinamento che ha introdotto o mantenuto norme più late, destinate a valere per tutti i contratti predisposti. Dunque in Germania ogni novità proveniente dalla Corte di Giustizia è destinata a provocare imbarazzo: decisioni rese in materia consumeristica devono essere rapportate ad un sistema che vede esteso l'ambito delle norme attuative a tutti i contratti, consumeristici e non. E se il giudice tedesco è vincolato dalla sentenza europea nei suoi stretti limiti di vigenza, vale a dire quelli dei contratti *business-to-consumer*, difficilmente potrà prescindere altrove, quando sia chiamato ad applicare le stesse norme per contratti *business-to-business* o *consumer-to-consumer*: che uso fare del precedente europeo fuori termini? La sua obbligatorietà non può varcare la soglia del *business-to-consumer*, ma la sua persuasività certamente sì (fra gli altri, G. WAGNER, *Der Verbrauchsgüterkauf in den Händen des EuGH: Überzogener Verbraucherschutz oder ökonomische Rationalität?*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2016, pp. 99-100). Tuttavia agli occhi dell'osservatore straniero la questione non è poi tanto dissimile da altre che sempre affaticano il cultore del metodo casistico, quando debba destreggiarsi fra le ambiguità e le storture del precedente persuasivo. In Italia la recezione passiva della dir. 13/1993 ha creato uno statuto speciale dei contratti del consumatore, puramente riproduttivo della fonte, che prima s'è fatta spazio nel codice generale con l'inserimento di nuovi articoli posticci, e poi è stata trapiantata in blocco in quello di settore: all'esito i contratti del consumatore vantano una normativa *ad hoc*, portatrice d'esigenze e linee-guida diverse da quelle impersonate dalla parte generale. Nell'uno e nell'altro caso, nondimeno, il diritto comunitario ha recato un'alterazione sensibile del diritto previgente: in Germania i contratti al consumo sono entrati formalmente nella parte generale, ma a quel punto l'esecuzione nazionale delle sentenze comunitarie diviene problematica quando il precedente europeo debba rapportarsi ad un caso non consumeristico. In Italia, essendo mancata qualsiasi attuazione espansiva o migliorativa della dir. 13/1993, le sentenze della Corte non pongono particolari dubbi d'esecuzione, ma il quadro resta spaccato tra uno statuto autonomo dei contratti al consumo, confinato nel codice di settore, e la parte generale del contratto, la quale - proprio a fronte delle novità europee - sembra perdere di centralità (per tutti, G. ALPA, *L'incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, pp. 237-247; L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei "contratti del consumatore" nel sistema del codice civile*, in *Studi in Onore di P. Rescigno*, III, *Diritto Privato, Obbligazioni e contratti*, Milano, 1998, p. 546; e V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, 2011, Torino, p. 91 ss.).

¹⁴ Di «svolta storica» discorre, sia pur con accenti critici, M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. e impr. Europa*, 1996, p. 438 ss., ripreso, fra gli altri, da G.B. FERRI, *Riflessioni sul diritto privato europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 3; similmente, G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, cit., p. 632 ss.

¹⁵ A. GENOVESE, *Contratto standard e comune intenzione delle parti*, in AA. VV. *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008, in particolare p. 832 ss.

illustra bene il cambiamento di paradigma. Ai sensi dell'art. 34, c. 5, c. cons., tratto dall'art. 3, c. 2, 3^a proposizione, dir. 13/1993, se il contratto prevede l'adesione del consumatore ad un formulario, si presume l'assenza di trattativa e dunque l'applicazione dell'intero compendio di norme a protezione del consumatore medesimo, a dispetto dell'art. 34, c. 4, c. cons.¹⁶ Detto diversamente il negoziato sulla clausola (pur inizialmente predisposta) sottrae quest'ultima al sindacato di vessatorietà sostanziale, ma la prova del negoziato dev'essere fornita dal professionista, a conferma che la legge - e non più soltanto il mercato, l'economia, la società eleva il predisponente a detentore del potere privato. Il predisponente è di legge un'autorità, dunque un'autorità 'di diritto'.

Difficile dire se le novità europee, fattesi parte dell'ordinamento interno, abbiano reso visibili percorsi già in atto o ne abbiano impostati di nuovi¹⁷. Però è certo, al di là delle sfumature, che l'approccio normalizzatore inizia ad entrare in crisi, e trovasi per così dire in piena crisi nel dibattito 'irtiano' di fine millennio sugli *scambi senza accordo*¹⁸, dibattito cui prese parte lo stesso Cesare Massimo Bianca¹⁹, e che sembra rinfocolarsi ora nell'era del commercio *online*²⁰.

Ad un eccesso normalizzatore - il contratto per adesione è un contratto come tutti gli altri - segue un eccesso opposto: lo scambio è senz'accordo, frutto di due atti congruenti ma non comunicanti; anziché proposta e accettazione valgono l'offerta e la presa dei beni, nel luogo ideale del mercato spersonalizzato e muto. Il consenso dell'aderente degrada ad atto unilaterale di partecipazione al mercato, sulla spinta del retrostante bisogno. Egli diviene suo malgrado parte di un meccanismo che non ha creato né accettato, ma che con la sua condivisione necessitata contribuisce a

¹⁶ L.A. SCARANO, *Art. 1469-ter, 4° c.*, in G. ALPA, S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 2003, p. 935 ss.

¹⁷ Per una recente messa a fuoco, T. WILHELMSSON, *Standard Form Conditions*, in A.S. HARTKAMP, M.W. HESSELINK, E. HONDIUS, C. MAK, E. DU PERRON (ed.), *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 571 ss.; in Italia già M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996, in particolare p. 193 ss.

¹⁸ N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.; *contra*, G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525 ss.; ancora N. IRTI, «E' vero, ma ...» (replica a Giorgio Oppo), in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 273 ss.; nonché ID., *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 601 ss.

¹⁹ Quasi a sunto del pensiero dell'a., C.M. BIANCA, *Acontrattualità dei contratti di massa*, in *Vita not.*, 2001, p. 1120 ss.

²⁰ M. ZACHARIASIEWICZ, *Inclusion of Standard Terms in Electronic Form under the CISG*, in I. SCHWENZER, L. SPAGNOLO (ed.), *The Electronic CISG*, The Hague, 2017, p. 95 ss.

legittimare²¹.

Poi c'è stata come noto una lunga sequela di leggi speciali, alcune di derivazione europea, altre di formazione interna, leggi che oggi suonerebbe quasi ironico definire 'collegate'. E queste leggi hanno portato alla ribalta l'idea del contratto asimmetrico, forse non dello scambio senz'accordo, ma neppure del contratto paritetico di stampo liberale. Le evoluzioni legislative ed in parte giurisprudenziali, unitamente all'intensificarsi del dibattito scientifico, hanno condotto pian piano ad un ribaltamento del quadro. Allo stato sembra dominare nella teoria e nella pratica il modello del contratto sbilanciato, che trascende la protezione del consumatore *stricto sensu* per abbracciare ogni ipotesi d'asimmetria: dal consumatore all'imprenditore debole, dall'imprenditore debole al 'cliente'²². E la parte forte, quella che detta le regole del gioco, è legalmente certificata come autorità privata²³.

In questo contesto, quando il discorso cade sui blasonati artt. 1321 ss. c.c., sembra quasi avvertirsi un'aura d'antico, la sensazione di schemi superati. È che il contratto asimmetrico è sì dominante, l'autorità del

²¹ La polemica sugli scambi senza accordo ha posto in risalto l'eccentricità del modello strenuamente consensualista, ma così facendo ha forse relegato il contratto *standard* ancora più ai margini del sistema. Ne è prova la stessa manualistica, anche quella più innovativa e sensibile, ove il tema è sviluppato quasi a chiusura di discorsi condotti secondo il tradizionale metodo 'negoziale': ancora la 21^{ma} edizione del 'Trimarchi' (P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 2016), dopo aver inserito il contratto nel più vasto recipiente del negozio - e quest'ultimo in una triade comprensiva di atti illeciti ed altre fonti d'obbligazione -, dedica solo un breve paragrafo al contratto del consumatore; la 17^{ma} edizione del 'Galgano' (F. Galgano, *Diritto privato*, Padova, 2017) innesta i contratti fra professionisti e consumatori nel capitolo su «efficacia e inefficacia del contratto» e vi si sofferma per quattro pagine; più corposo il capitolo «imprese e consumatori» che figura nella 5^a edizione del 'Roppo' (V. ROPPO, *Diritto privato*, Torino, 2016), ma la materia è estratta dalla sede contrattuale e fatta defluire, unitamente al più lato tema del *consumerism*, nella trattazione dell'impresa e del mercato; la 2^a edizione del 'Mazzamuto' (S. MAZZAMUTO [a cura di], *Manuale del diritto privato*, Torino, 2017) all'interno della parte generale del contratto enuncia succinte 'regole particolari per i contratti dei consumatori', ma il tutto è anticipato da altro paragrafo su 'il professionista e il consumatore' nel capitolo intitolato a 'i soggetti del mercato'. Insomma sembra reggere una didattica d'impronta tradizionale, come in parte deve pure essere, ove il contratto negoziato o frutto d'accordo paritario ricopre un ruolo dominante.

²² Per tutti V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 125 ss.

²³ Per tutti, A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 515 ss.; e di recente, A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, *ivi*, 2016, p. 1488. In una prospettiva di più largo respiro, attenta alla realtà del commercio transfrontaliero, già A.M. GARRO, *Rule-Setting by Private Organisations, Standardisation of Contracts and the Harmonisation of International Sales Law*, in I. FLETCHER, L. MISTELIS, M. CREMONA (ed.), *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, London, 2001, p. 310 ss.

predisponente sicuramente di diritto, ma la parte generale resta ricalcata su altro e recessivo paradigma²⁴.

Si ha dunque una transizione non completata, perché il modello contrattual-asimmetrico prevale nell'applicazione, ma fuori della parte generale; monopolizza le cure della dottrina, ma ai margini della teoria; non riesce a 'fare sistema', ed anzi rispetto al centro dell'ordinamento continua ad apparire un fattore di rottura, un'appendice eversiva anziché costruttrice di nuova unità.

2. Gradazioni del consenso e 'gradazioni' degli istituti contrattuali

Va detto però che la transizione non sarà breve e forse non sarà mai completa. A ben vedere gli schemi contrattuali da osservare paiono ben più numerosi ed articolati di quanto non emerga dall'opposizione 'secca' contratto negoziato-contratto predisposto o, per usare altre parole, contratto paritario-contratto asimmetrico. Occorre infrangere e graduare il concetto unico di consenso, spezzare ancora una volta il *Willensdogma* caro alla Pandettistica²⁵. Ai due poli si collocano l'atto di consumo per così dire 'puro e semplice' ed il patto negoziato clausola per clausola, ma fra l'uno e l'altro polo occorre mediare, soppesare, contemperare.

Primo polo. L'uomo qualunque-consumatore o l'uomo 'senza qualità' è il terminale della catena produttiva e distributiva. Sollecitato da bisogni

²⁴ Né si staglia all'orizzonte una parte generale alternativa e dedicata al contratto asimmetrico od a quello unilateralmente predisposto: P. SIRENA, *La tutela del consumatore e la parte generale del contratto*, in F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006, p. 626 ss.; nonché ID., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 787 ss.

²⁵ «Ancora una volta», perché il mito sembra continuamente risorgere dalle sue ceneri, e la scienza italiana ha dovuto contrastarlo a più riprese, a partire dalle note pagine di E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, p. 8 ss. (sul quale, M. BRUTTI, *Emilio Betti e l'incontro col fascismo*, in I. BIROCCHI, L. LOSCHIAVO [a cura di], *I giuristi e il fascismo del regime [1918-1925]*, Roma, 2015, p. 94, in particolare nt. 89; la lezione bettiana, qui come altrove, sembra vivere davvero una seconda o terza giovinezza); in tema pure, V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 738 ss.; e per una sintesi recente, da prospettiva tedesca ma con focus sull'uropeizzazione del diritto dei contratti, C. HERRESTHAL, *Offer and Acceptance - Other Forms of Manifestation of Consent under the German Civil Code*, in R. SCHULZE, M. PILAR PERALES VISCASILLAS (ed.), *The Formation of Contract*, Baden-Baden 2016, p. 105 ss. e in particolare p. 115 ss.

naturali ed artificiali, rispettivamente gestiti o indotti dalla società dei consumi (*Konsumgesellschaft*) e dell'‘usa e getta’ (*Wegwerfgesellschaft*), egli prima che ‘accettare’, presta acquiescenza ad offerte interamente predisposte da altri. Il suo consenso si riduce alla dichiarazione del *quando* e del *quantum*, ma sul presupposto che egli prima o poi avrà bisogno di quel bene o servizio e che pure la quantità non potrà scendere sotto una certa soglia: è l'‘imperiosità di bisogni anelastici’²⁶. Non solo gli è preclusa qualsiasi trattativa, ma le stesse modalità di conclusione sono prestabilite in maniera inflessibile (ad es. nella contrattazione *online*, attraverso sequenze di *tick-boxes*, ove la mancanza di un *tick* blocca la procedura, ovvero, nei contratti automatizzati a *self-service*, attraverso assetti materiali obbligati, come l'inserzione della moneta nella macchina)²⁷. Più che consenso, c'è tacito assoggettamento al programma imprenditoriale di controparte, sudditanza al potere privato altrui; e lo scambio sembra davvero accadere sulla base di atti scollegati, l'atto dell'erogare e l'atto del consumare.

Nondimeno nella logica del capitalismo maturo, recepita appieno dal diritto dell'Unione, alla libertà dello scambio devono accompagnarsi strumenti di verifica che valgano se non altro a garantire la leale concorrenza fra imprese. La tutela del contraente debole non è fine a sé stessa: salvaguardando l'anello finale della catena è garantita la *par condicio* alle imprese che vogliono contendersi quella fetta di mercato, con ricadute positive sulla concorrenzialità del mercato stesso²⁸. Ecco che l'adesione

²⁶ Così s'esprime, ma in termini critici, A. GENOVESE, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. dir.*, VIII, 1961, p. 804.

²⁷ E. ROPPO, *Contratti standard*, cit., p. 25 ss.; M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, cit., in particolare p. 63 ss. e p. 193 ss.; e per i contratti telematici, fra le ormai molte voci in argomento, C. SCOGNAMIGLIO, *L'adempimento dell'operazione economica telematica tra «realtà virtuale» ed «interessi dei contraenti»*, in V. RICCIUTO, N. ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Tratt. dir. comm. Galgano*, Padova, 2002, in particolare p. 160.

²⁸ La tutela del consumatore nel diritto dell'Unione è dunque funzionale alla regolazione e razionalizzazione del mercato, veicolo di maggiore concorrenzialità (S. WEATHERILL, *The Internal Market as a Legal Concept*, Oxford, 2017, *passim* ma p. 27 ss.); e la concorrenzialità del mercato unico è obiettivo predominante delle politiche europee (pure in area nordamericana, specialmente nel discorso economico, si suole narrare di ‘*consumer sovereignty*’, nel senso del consumatore come sovrano regolatore di domanda e offerta, e conseguentemente della concorrenza fra imprese). In quest'ottica si fa più chiaro il perché un diritto povero di disposizioni dedicate al ‘privato’ com'è il diritto primario dell'Unione, affidi la protezione dei consumatori a ben due previsioni supreme, vale a dire l'art. 169 Tratt. FUE (ex art. 153 Tratt. CE) e l'art. 38 Carta UE. Previsioni che proprio per il loro rango, per il loro isolare una ‘questione comune’ ex art. 197 Tratt. FUE (S. PAGLIANTINI, *Principio di effettività e clausole generali: il canone “armonizzante” della Corte di Giustizia*, in S. MAZZAMUTO, L. NIVARRA [a cura di], *Giurisprudenza*, cit., p. 103), devono sovrintendere

al contratto *standard*, oltre che implicita approvazione del programma d'impresa, è indiretta cooperazione alla competitività del mercato ed ulteriore legittimazione morale delle dinamiche del capitalismo. La stessa demarcazione fra privato e pubblico lascia il posto ad una compenetrazione di misure e strumenti volti a far sì che, pur in forma pattizia, siano perseguiti interessi sovraindividuali; e sul piano della patologia si smorza l'antitesi fra *private* e *public enforcement*, poiché l'uno e l'altro sono chiamati a concorrere nell'attuazione del disegno regolatorio fondamentale²⁹.

All'altro polo si colloca il contratto interamente negoziato, più raro ma non sconosciuto alla pratica. Si pensi a rapporti d'impresa perfettamente bilanciati ovvero, per fare altro esempio, alla contrattazione immobiliare fra privati, ove può dipanarsi un assetto sostanzialmente paritario. Qui l'equilibrio di potere è tale che ogni clausola per la quale vi sia interesse alla discussione è concordata all'esito di un dialogo aperto e costruttivo; il consenso è pieno, anziché simulacro di sé stesso. La parte generale ritrova allora il suo *habitat* (ma quanti contratti si concludono così?).

Fra l'uno e l'altro polo si situano costellazioni intermedie, che esprimono un *mix* di tacito assoggettamento e consenso negoziato. Le condizioni predisposte coprono parte significativa del tessuto contrattuale e tendono

all'interpretazione sia della normativa comunitaria sia di quella derivata, anteriore e posteriore al loro stesso inserimento nel sistema costituzionale delle fonti; ma previsioni che in omaggio all'art. 4, § 3, Tratt. UE ed al principio di leale cooperazione (O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008, p. 5 ss. e p. 124 ss., ed *ivi* ampia bibliografia; nonché ID., *L'effettività del diritto dell'Unione tra tutela del singolo e salvaguardia dell'ordinamento*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, III, Napoli, 2014, p. 2312 ss.), devono assumere un ruolo-guida pure nella lettura o rilettura del diritto non derivato, anche qui tanto se anteriore quanto se posteriore (P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale. Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 1992, p. 135 ss.; e M. FRANZEN, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, Berlin, 1999, p. 358 ss. e p. 405 ss.).

²⁹ Esempio emblematico e recente è il d.lgs. 3/2017, attuativo della dir. 104/2014 in materia di risarcimento del danno c.d. *antitrust* (un primo commento è P. MANZINI [a cura di], *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza*, Torino, 2017). Ben al di là dei rapporti di consumo, la tutela risarcitoria della vittima di cartelli od intese anticoncorrenziali è impostata come la risultante di un cooperare fra la mano pubblica e quella privata, l'azione amministrativa dell'*Authority* e quella giudiziaria del contraente leso. Questa cooperazione è essenziale: l'Autorità non può 'arrivare dappertutto'; il privato non può prescindere dalle indagini e dall'istruttoria che solo un'Autorità può compiere. Il problema si sposta piuttosto sulle contromisure da adottare quando l'attuazione pubblica e privata del diritto *antitrust*, anziché concorrere, rischino di comprometersi a vicenda. Punto topico sono, al riguardo, i programmi di clemenza (B. NASCIBENE, *L'interazione tra programmi di clemenza e azioni di risarcimento nel diritto antitrust comunitario: prospettive in tema di collective redress*, in *Dir. Un. eur.*, 2012, p. 731 ss.).

a sottrarsi a qualsiasi mercanteggiamento, ma l'aderente non è a tal punto debole da non 'strappare' qualche concessione. Persino aree un tempo fra le più impersonali, come i contratti bancari ed assicurativi, nell'epoca della crisi conoscono una nuova malleabilità alle richieste della clientela, privata e professionale. Si determina così una gradazione del consenso all'interno di una stessa operazione, la cui veste unitariamente contrattuale non nasconde più quel *mix* d'asservimento ed accettazione (e qui poco importa che le condizioni siano redatte dalla parte o provengano da un terzo redattore, incaricato da questa o istituzionalmente preposto, come il notaio rogante od altro ufficiale autore d'atti pubblici).

Gradazioni del consenso, quadro frammentato. Ecco che pure gli istituti contrattuali, e segnatamente quelli di parte generale, dovranno essere a loro volta graduati e frammentati. È forse questa la strategia migliore: a formulazione invariata, rileggere gli artt. 1321 ss. c.c. in modo da discernere al loro interno ciò che attiene ad un solo polo, ad es. quello della trattativa integrale, da ciò che può estendersi al contratto per adesione o asimmetrico; e nei casi intermedi dosare con sapienza regole valide a tutto campo e regole di portata ristretta. In particolare la 'consensualità limitata' del contratto *standard* conduce a rimodulare le risposte che tradizionalmente si danno ai problemi dell'interpretazione³⁰, dei vizi del volere e delle tutele in genere³¹. Ma v'è da supporre che numerosi istituti di parte generale, malgrado questa loro generalità, abbiano ben poco a che vedere con le *quick hand-transactions* dell'uomo qualunque o dell'«uomo che ha fretta»³², semplicemente perché estranee a quel *full contractual consent* cui la parte generale è ispirata³³.

Per rimanere al metodo pare dunque che il contratto della contemporaneità imponga o renda consigliabile un atteggiamento armonizzatore. L'interprete è chiamato non ad avallare la deriva dell'ordinamento, trattando la parte generale come un'anticaglia od una roccaforte da difendere - entrambi gli approcci sarebbero inadeguati³⁴ - ma a tentare, per quanto possibile, un'opera di raccordo e adeguamento. D'altra parte, la costruzione di nuovi paradigmi non è mai stata appannaggio del legislatore o del giudice; spetta alla scienza del

³⁰ *Infra*, § s.

³¹ Come detto lo scrutinio di vessatorietà *ex art. 33 ss. c. cons.* scatta sul contenuto delle condizioni generali, ma è escluso per quelle che abbiano formato oggetto di trattativa individuale (art. 34, c. 4, c. cons.). Il discorso si sposta allora sullo stabilire se davvero una trattativa vi sia stata e possa giudicarsi sufficiente ad escludere il sindacato: fra i molti, L.A. SCARANO, *Art. 1469-ter, 4° c., cit.*, p. 965 ss.

³² Espressione di G. GORLA, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 114.

³³ Ancora E. ROPPO, *Contratti standard*, cit., spec. p. 164 ss. e p. 219 ss.

³⁴ G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, cit., pp. 288-289, ma anche pp. 641-642.

diritto raccogliere le sollecitazioni che provengono dall'esterno per ricavarne una nuova e superiore unità. Il contratto asimmetrico, generalmente per adesione, deve reagire sulla parte generale perché quest'ultima, con tutta la sua permeabilità, ne restituisca un'immagine più nitida e più completa.

Ecco un esercizio che il dilagare del contratto asimmetrico rende urgente, se l'ambizione è rivitalizzare la parte generale permettendole di svolgere il suo compito; ma un esercizio troppo grande per il presente contributo, che ora prenderà in carico un singolo, per quanto considerevole, profilo.

3. *Un esempio: l'interpretazione contro l'autore della clausola fra parte generale e parte speciale*

Nella parte generale, fra i criteri volti a governare l'ermeneutica del contratto, è citata ad un certo punto l'"interpretazione contro l'autore della clausola". Questa la nota rubrica dell'art. 1370 c.c., che risale al 1942 e dunque a quel gruppo di precetti che il codice, già nella sua formulazione originaria, dedicava alle "clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti"³⁵. Dette clausole - continua l'art. 1370 c.c. - "s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro".

La regola non ha bisogno di presentazioni, né richiede in questa sede una ricognizione del suo retroterra, del suo ambito o delle sue conseguenze³⁶. Sia sufficiente rimarcare che essa, nel contesto in cui è posta non è che uno dei possibili criteri c.d. oggettivi (detto grossolanamente, gli artt. 1366-1370 c.c.), ciascuno dei quali posposto a quelli c.d. soggettivi (non meno grossolanamente, gli artt. 1362-1365 c.c.); e fra i criteri oggettivi non appare neppure il principale, se è vero che il legislatore l'ha collocata in ultima posizione, immediatamente prima delle regole finali *ex art.* 1371 c.c., che peraltro hanno poco dell'ermeneutica e molto dell'integrazione³⁷. La

³⁵ Ma la disciplina delle tecniche ermeneutiche dovuta alla codificazione del '42 è essa stessa fortemente innovativa, come rimarca, ancora di recente, G. CHIODI, *La funzione sociale del contratto: riflessioni di uno storico del diritto*, in F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma, 2017, p. 165.

³⁶ Per tutti, K. KOSCHE, *Contra proferentem und das Transparenzgebot im Common Law und Civil Law*, Tübingen, 2011; e fra i classici, G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, *passim*, ma in particolare p. 102; e C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938, pp. 204-211.

³⁷ In tal senso N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in ID. (a cura

giurisprudenza interna sembra ripercorrere fedelmente queste traiettorie³⁸.

Insomma: nella parte generale l'*interpretatio contra proferentem* o *contra stipulatorem* non è primaria, ed anzi ricopre un ruolo defilato in ragione della sua settorialità - essa concerne 'soltanto' il contratto predisposto - e della sua eccentricità, poiché suppone una volontà sbilanciata che nella parte generale non può non essere deviante³⁹.

All'opposto nella rilettura sistematica poc' anzi prospettata questo stato di cose non è più sostenibile. L'ascesa del contratto predisposto ed asimmetrico, per lo più sinonimi, fa della regola un contraltare della comune intenzione *ex art. 1362 c.c.*⁴⁰ Come nel contratto paritetico è spontaneo badare anzitutto alla volontà delle parti, all'altro polo, negli scambi senz'accordo, l'art. 1370 c.c. guadagna un peso completamente diverso. Qui sarebbe retrogrado parlare di criterio marginale. Poiché il contratto predisposto ed asimmetrico non è più (o forse non è mai stato) marginale, l'interpretazione contro il predisponente diviene dispositivo principale di riequilibrio del rapporto, minato dalla redazione o dall'impiego di clausole dubbie ad opera della parte che vorrebbe imporle all'aderente.

Senonché questo discorso sarebbe ancora monco, se non si considerasse l'evoluzione del diritto e della giurisprudenza comunitari in materia di tutela del consumatore, con particolare riferimento alla dir. 13/1993 ed alla corrispondente normativa d'attuazione. Infatti sentenze recenti della Corte di Giustizia⁴¹, facendo leva sull'ingresso dei nuovi parametri

di), *L'interpretazione del contratto nella dottrina italiana*, Padova, 2000, p. 624 nt. 20; e A. GENTILI, *Senso e consenso*, Torino, 2015, pp. 603-604 (ma non altrettanto ritiene l'a. per l'art. 35, c. 2, c. cons., come emerge a p. 636); *contra*, vale a dire per la prevalenza dell'*interpretatio contra proferentem* sugli altri parametri oggettivi, G. OPPO, *Profili dell'interpretazione*, cit., p. 103; M. COSTANZA, *Interpretazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, p. 342; S. MARTUCCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, Milano, 2000, pp. 58 e 139; A. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Milano, 2008, p. 208 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in *Comm. c.c. Schlesinger-Busnelli*, Milano, (rist.) 2013, pp. 341-342, nt. 5, e 347 ss. (nonché A. GENTILI, *Senso e consenso*, cit., p. 636, per il solo art. 35, c. 2, c. cons.).

³⁸ Basti citare Cass., 27 maggio 2005, n. 11278, in *Contratti*, 2006, p. 221 ss., con nota di C.M. CASCIONE; e Cass., 13 maggio 1998, n. 4815, in *Corr. giur.*, 1999, p. 469 ss., con nota di I. NASTI.

³⁹ F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza*, in E. GABRIELLI, E. MINERVINI (a cura di), *I contratti dei consumatori*, I, in *Tratt. contr. Rescigno*, Torino, 2005, p. 373.

⁴⁰ A.M. AZZARO, *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000, p. 269 ss.; e M. PENNASILICO, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, in P. PERLINGIERI, E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Napoli, 2004, p. 145.

⁴¹ Cfr. in particolare, C. Giust. UE, 26 febbraio 2015, C-143/13, *Matei e Matei c. Volksbank*, in *Contratti*, 2015, p. 753 ss.; e C. Giust. UE, 23 aprile 2015, C-96/14, *van Hove c. CNP*

costituzionali di cui agli artt. 169 TFUE e 38 Carta UE, sembrano dare alla tutela contrattuale del consumatore ampiezza e profondità nuove. Per dirla in modo plastico, la trasparenza o chiarezza e comprensibilità del testo predisposto sembrano sostituire quello che è il consenso sul testo negoziato (artt. 5, proposizione 1^a, dir. 13/1993 e 35, c. 1, c. cons.); l'interpretazione contro l'autore della clausola sembra elevarsi da criterio ermeneutico a rimedio (artt. 5, proposizione 2^a, dir. 13/1993 e 35, c. 2, c. cons.).

Occorre però un passo indietro, perché nel caso di specie, per una volta, il legislatore europeo sembra non aver fatto ricorso alla tanto deplorata tecnica o prospettiva rimediale⁴². Vero è che di regola alla costruzione della fattispecie egli preferisce l'intitolazione diretta del rimedio, e da tale intitolazione l'interprete cerca poi di risalire agli elementi 'sostanziali' della pretesa⁴³. Vero è pure che altre volte questo legislatore prescinde persino dall'assegnazione del rimedio per fissare un puro obiettivo, e a tale obiettivo l'interprete cerca poi di tendere nella ricerca della norma secondaria o sanzione⁴⁴. Qui invece il quadro di fattispecie e rimedio pare tutto sommato completo ed anzi si nota una qualche continuità fra l'una e l'altro - salvo il problema, non secondario, della rispettiva vaghezza -, al punto che la tecnica adoperata non si discosta *prima facie* da quella consueta in ambito

Assurances, *ivi*, p. 758 ss., entrambe con nota di S. PAGLIANTINI (ed a proposito delle quali, più ampiamente, *infra*, § 9).

⁴² Ma è possibile un 'remedialismo' moderato: di recente, A. PLAIA, *Giurisprudenza per principi ed effettività delle tutele*, in S. MAZZAMUTO, L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, specialmente p. 159 ss. Questo 'remedialismo' moderato o 'italiano', assai diverso da quello di *Common law* - con tutta l'approssimazione del caso -, può farsi risalire ad alcune pagine di A. FALZEA, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 23 ss. (non del tutto recepite dalla dottrina successiva, ove spicca A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, in particolare p. 13 ss., p. 49 ss. e p. 71 ss.).

⁴³ Emblematica di questa strategia è la disciplina comunitaria delle vendite al consumo, contenuta nella dir. 44/99: per un commento alla tecnica, oltre che ai contenuti, fra gli altri, A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 6 ss.; G. D'AMICO, *La disciplina della vendita come «tipo generale» (Elogio della differenziazione)*, in F. MACARIO, M.N. MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità*, cit. p. 455 ss.; e S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2017, p. 397 ss.

⁴⁴ Un esempio è dato dalla normativa europea sulle pratiche commerciali sleali, secondo pilastro di tutela consumeristica accanto alla dir. 13/1993: le prescrizioni sono folte ed analitiche, ma tutte costruite in termini di precetto primario, mentre la costruzione di quello secondario è sempre rimessa al legislatore nazionale: per tutti, G. DE CRISTOFARO, voce *Pratiche commerciali scorrette*, in *Enc. dir. Annali*, V, Milano, 2012, *passim*, ma in particolare p. 1101 ss. Prima che 'rimediale' pare una tecnica legislativa di pura fissazione d'obiettivi.

codicistico⁴⁵. Che sia criterio ermeneutico o rimedio, l'interpretazione protettiva non è agganciata al mero fatto della predisposizione, ma ha la sua fattispecie 'sostanziale', vale a dire chiarezza e comprensibilità *ex artt. 5*, proposizione 1^a, *dir. 13/1993 e 35*, c. 1, c. cons. Si staglia così un dovere di trasparenza redazionale della parte forte ed un corrispondente diritto della parte debole, posizioni sostanziali che, almeno di prim'acchito, preesistono al rilascio della tutela, vale a dire dell'interpretazione protettiva *ex artt. 5*, proposizione 2^a, *dir. 13/1993 e 35*, c. 2, c. cons.

E proprio per non rinnegare *a priori* le categorie, per una volta rispettate dal legislatore europeo, si provi a muovere anzitutto dalla fattispecie e dopo, soltanto dopo, a spostare l'attenzione sullo strumento di tutela: prima il comando di trasparenza, poi l'interpretazione *contra proferentem*.

4. I capisaldi della *dir. 13/1993* e il problema della trasparenza del contratto

Come noto la *dir. 13/1993*, con le successive modifiche e le relative norme d'attuazione, mostra due principali dispositivi: il controllo sul contenuto del contratto, che prelude all'espulsione delle clausole affette da vessatorietà sostanziale a garanzia del c.d. equilibrio normativo (*artt. 3*, c. 1, *dir. 13/1993 e 33*, c. 1, c. cons.); ed il requisito di chiarezza e comprensibilità delle clausole unilateralmente predisposte, a salvaguardia dell'equilibrio 'cognitivo' (*artt. 5*, proposizioni 1^a e 2^a, *dir. 13/1993 e 35*, commi 1 e 2, c. cons.).

L'ispirazione di fondo consiste nello scopo politico-legislativo di combattere l'abuso di potere contrattuale, abuso che può facilmente scatenarsi quando le controparti siano l'una professionale e l'altra no. È però semplice osservare fin da questa veloce scorsa che, a prescindere dalle qualità soggettive delle parti, l'abuso è dietro l'angolo in tutti i rapporti asimmetrici ed il maggior veicolo d'abusi è proprio la predisposizione unilaterale, fenomeno più largo della stretta materia consumeristica. Ecco perché questa materia, sebbene apparentemente chiusa, ha per natura vocazione espansiva, che finisce col contrastare la vocazione parimenti espansiva della parte generale, in un gioco di spinte e contropinte che è il motivo conduttore dell'ipotesi sistematica allo studio⁴⁶.

⁴⁵ Ciò che richiede un'opera interpretativa per certi versi ancora più minuziosa e scaltra, perché l'inconsueta sintonia potrebbe indurre a banalizzazioni: *infra*, in particolare § 6 ss.

⁴⁶ «Consumer protection measures in contract law function primarily by reducing the reflexive qualities of private law regulation»: così H. COLLINS, *Transnational private law*

Accanto a questi due capisaldi permane un problema aperto, vale a dire il sindacato sulla “determinazione dell’oggetto del contratto” e sull’“adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi”, a protezione del c.d. equilibrio economico (artt. 4, c. 2, dir. 13/1993 e 34, c. 2, c. cons.); problema irrisolto perché, se da un lato quest’equilibrio è generalmente sottratto al controllo - ed anzi proprio qui deve dispiegarsi la libera concorrenza fra imprese - un sindacato è ammesso in caso di difetto di trasparenza (così ancora l’art. 34, c. 2, ultima proposizione, c. cons.). Ma nessuno è in grado di stabilire con certezza, al momento, quale sia la sorte delle clausole sull’oggetto ‘economico’ mancanti di chiarezza e comprensibilità⁴⁷. Il punto - cruciale in sé, per il suo attingere la questione della giustizia contrattuale e prefigurare un deciso attivismo del giudice - non è urgente in questa sede e può refluire nel discorso più generale circa precetto e sanzione della trasparenza.

Per tornare invece ai due segmenti del controllo contenutistico e di trasparenza, va detto che per molto tempo nell’area delle tutele contrattuali del consumatore, quale delimitata anzitutto dalla dir. 13/1993, la prima forma di controllo ha lasciato ben poco spazio alla seconda. Ma già nel codice di settore la trasparenza assurge a diritto fondamentale, se è vero che in forza dell’art. 2, c. 2, lett. e), c. cons. “ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti (...) alla correttezza, alla trasparenza ed all’equità nei rapporti contrattuali”. Chiedere al consumatore di rimanere vincolato a clausole da altri imposte e prive del sufficiente nitore significherebbe attentare alla sua stessa “dignità contrattuale” (art. 2, c. 2, lett. e), c. cons.); e come la buona fede nelle trattative, così la trasparenza in assenza di negoziato costituiscono un presidio minimo che s’erge a fondamentale⁴⁸.

regulation of markets, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 978.

⁴⁷ In tema, fra i primi commentatori, F.D. BUSNELLI, U. MORELLO, *La direttiva 93/13 C.E.E. del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive stipulate nei contratti con i consumatori*, in *Riv. not.*, 1995, p. 374 ss.; S. MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (Note a margine dell’art. 1469 quinquies, commi 1 e 3, c.c.)*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, in particolare p. 568 ss.; dopo l’entrata in vigore del c. cons., che però non ha recato sul punto alcuna innovazione, G. DI GIOVINE, *Art. 35 (forma e interpretazione)*, in E. CESÀRO (a cura di), *I contratti del consumatore*, Padova, 2007, p. 527 ss.; per giungere a contributi recenti che, pur guardando al più lato problema della giustizia contrattuale, dedicano particolare attenzione alle norme in commento: G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, cit., p. 289 ss.; F. PIRAINO, *Il diritto europeo e la «giustizia contrattuale»*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 233 ss.

⁴⁸ Sulla natura ‘fondamentale’ dei diritti ex art. 2, c. 2, c. cons. s’è talora ironizzato (C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile*, Bologna, 2015, pp. 206-207), ma molti fra questi andrebbero presi sul serio, come quello, non banale, all’educazione ex artt. 2, c. 2, lett. d), e 4 c. cons. (G. ALPA, *Introduzione*, in ID. [a cura di], *I contratti del consumatore*, Milano, 2014, p. 22).

Dalla lettura degli artt. 5, proposizione 1^a, dir. 13/1993, e 35, c. 1, c. cons.⁴⁹, nonché del § 307, c. 1, periodo 2^o, BGB⁵⁰ - la norma non compariva come tale nell'*AGB-Gesetz* prima dell'incorporazione codicistica⁵¹ - si coglie all'istante che la trasparenza non è un dato neutrale o speculare, che permei di sé la posizione delle parti a prescindere dal rispettivo *status*; essa è invece un 'diritto' del consumatore e un 'dovere' del professionista – sia pur diritto e dovere in senso lato, come si dirà -, strumento di lotta a suo modo di classe, anche se qui la classe non è sociale ma occasionale, com'è occasionale la qualità di consumatore. Lo strumento pretende di restituire a quest'ultimo quella consapevolezza dell'agire contrattuale che la sua condizione d'inferiorità precluderebbe da principio⁵². Che poi il consumatore 'qualunque' sia davvero desideroso di maggiore nitidezza testuale o di maggiori informazioni precontrattuali, ed in ciò ripaghi le sue debolezze non solo cognitive, è tutt'altro discorso. L'effettiva propensione ad orientare le scelte secondo le informazioni ricevute o l'accessibilità del testo proposto rimane presumibilmente un idolo. Come premesso il contratto del consumatore pare sempre più uno scambio meccanico, un *do ut des* senza dialogo né riflessione, ove l'esigenza di brevità e d'economia del pensiero supera di gran lunga la formazione di scelte consapevoli ed informate.

Dunque, benché il discorso sia forse semplicistico e non dia conto delle mille particolarità del caso, la trasparenza delle condizioni propinate al consumatore non è un fattore di salvaguardia della sua libertà contrattuale. Lo sarebbe in un mercato perfettamente concorrenziale e nell'agire perfettamente razionale di tutti i soggetti coinvolti, ove il consumatore potesse (e volesse) comparare i formulari di ciascun operatore e quest'ultimo

⁴⁹ A proposito dei quali, fin d'ora, V. RIZZO, *Art. 1469-quater. - Forma e interpretazione*, in AA.VV., *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore (artt. 1469-bis - 1469-sexies)*, in *Nuove leggi civ.*, 1997, p. 1176 ss., ripubblicato in C.M. BIANCA, F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore (Art. 1469-bis - 1469-sexies)*, Padova, 1999, p. 783 ss.

⁵⁰ Fra i commenti 'a caldo', per tutti, S. LORENZ, T. RIEHM, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München, 2002, p. 56; e P. HUBER, F. FAUST, *Schuldrechtsmodernisierung*, München, 2002, pp. 463-464.

⁵¹ A proposito del previgente § 8 *AGB-Gesetz* (ora § 307, c. 3, BGB), fra gli altri, M. STOFFELS, *Schranken der Inhaltskontrolle*, in *Juristen Zeitung*, 2001, pp. 845-846; più ampiamente, J. SCHÄFER, *Das Transparenzgebot im Recht der AGB*, Frankfurt a. M., 1992, *passim*. Il principio di trasparenza nelle condizioni generali di contratto fu elaborato dalla dottrina tedesca soprattutto a partire dal § 9 *AGB-Gesetz*, e questa dottrina ricevette il plauso del BGH (fra le altre, BGHZ 106, 42, 49; BGH, in *Neue juristische Wochenschrift*, 1997, p. 1068; BGH, *ivi*, 1999, p. 276).

⁵² Fra i molti, A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, pp. 17-18; e G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, cit., p. 295 ss.

potesse fare conto sulla capacità del primo di comportarsi di conseguenza. Lo sarebbe in una situazione del tutto improbabile nella quale il consumatore fosse abilitato a trattare e contribuire alla formazione del regolamento⁵³. Ma nella fase che precede la stipulazione egli non può scegliere né trattare, e spesso neppure lo vuole veramente.

Ecco che la trasparenza pare soprattutto un fattore di tutela *ex post*. Maggiore chiarezza e comprensibilità significa essenzialmente maggiore coscienza del consumatore circa gli strumenti che l'ordinamento predispone a sua protezione⁵⁴. Ed è cosa che raramente si medita in anticipo, quando il rapporto non è ancora sorto. Poiché si tratta di vicende squilibrate l'attività 'promozionale' è addossata alla parte forte, che nello scrivere clausole chiare e comprensibili illustra la tutela cui controparte ha titolo.

Tuttavia alludere al principio di trasparenza come ad un veicolo informativo per il miglior accesso agli strumenti (giudiziali o stragiudiziali) di tutela consumeristica significa condannare il principio stesso ad un rango deteriore e poco 'giustiziabile'. E al contrario proprio la Corte di Giustizia, con alcune decisioni recenti, sembra dare alla trasparenza un peso ed uno spazio non riducibili all'idea della ricognizione o della formula ripetitiva, quasi un nuovo *élan* in materia di chiarezza e comprensibilità⁵⁵. Ad esempio in *Van Hove* si legge: «(...) poiché il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13 si fonda sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda, in particolare, il grado di informazione, tale obbligo di trasparenza deve essere interpretato in modo estensivo»⁵⁶.

⁵³ Di qui la '*doctrine of inequality of bargaining power*', che si tende a far risalire a Lord Denning nel famoso *Lloyds Bank LTD v. Bundy*, in *All England Law Reports*, 1974, p. 757 (in tema anche A.G. GUEST, *Anson's Law of Contract*, Oxford, 1984 p. 249).

⁵⁴ Le pagine più nitide in tale direzione sono forse quelle di M. WOLF, *Party Autonomy and Information in the Unfair Contract Terms Directive*, in S. GRUNDMANN, W. KERBER, S. WEATHERILL (ed.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin-New York, 2001, pp. 319-324.

⁵⁵ E viene all'opposto sminuito il dubbio se chiarezza e comprensibilità costituiscano un'endiadi normativa o racchiudano un duplice e distinto fattore di trasparenza. Ma è la stessa logica estensiva che pervade ormai la giurisprudenza comunitaria a disincentivare analisi di tipo esegetico-letterale: P. GIAMMARRIA, *Art. 1469-quater - Forma e interpretazione*, in G. ALPA, S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie*, cit., pp. 1021-1023; V. RIZZO, *Art. 1469-quater*, cit., pp. 804-805; e G. DI GIOVINE, *Art. 35*, cit., p. 504 ss.

⁵⁶ C. Giust. UE, 23 aprile 2015, cit., § 40 (ma analoghe formule compaiono in C. Giust. UE, 26 febbraio 2015, cit.). Ancora C. Giust. UE, 23 aprile 2015, cit., enuncia che la riserva di cui all'art. 4, c. 2, dir. 13/1993, per la quale il controllo di vessatorietà non si estende alle clausole che fissano il corrispettivo di beni o servizi, dev'essere interpretata 'in maniera restrittiva'. Ma si ha tutta l'impressione delle formule posticce ed alfine poco

Per uscire da questa strettoia bisogna però isolare una norma secondaria che sappia innalzare il principio oltre la soglia della pura enunciazione⁵⁷.

5. *Clausole mancanti di chiarezza e comprensibilità: la trasparenza come regola di comportamento (critica)*

Malgrado qualche voce contraria⁵⁸, non c'è un nesso reale tra buona fede e trasparenza. La perdita di collegamento si vede molto bene in ciò, che negli ordinamenti dell'Europa continentale - Germania e Italia in testa - buona fede precontrattuale significa essenzialmente comportamento leale e corretto durante il negoziato. La buona fede è fonte d'obbligazioni positive di *facere*, ancorché a contenuto variabile perché descritte per il tramite della clausola generale. In particolare, e solo per citare il punto più pertinente, la buona fede implica l'obbligazione di devolvere a controparte le informazioni sufficienti ad assumere scelte vigili e mature, e dunque davvero 'volute'.

Viceversa, poiché nel contratto *standard* non ha luogo alcun negoziato e il dialogo fra le parti si riduce ai minimi termini, chiarezza e comprensibilità delle condizioni predisposte non giocano in realtà alcun ruolo nelle deliberazioni precontrattuali del consumatore. Come premesso le parti raggiungono l'accordo sugli elementi 'mobili' o mutevoli, che richiedono un consenso originale e speculare - ad es. qualità e quantità della merce - mentre le clausole fisse entrano nel rapporto 'così come sono', per il mero fatto della predisposizione e senza che il consumatore possa né voglia sottoporle ad una delibazione preventiva. È come se l'accordo si riarticolasse su due livelli: sugli elementi mutevoli - pochi - esso ricalca il consenso prestato all'esito della trattativa individuale, con la caratteristica tutto sommato marginale della sua semplicità (le parti dialogano brevemente su qualità e

utili, riempitive prima che giurisdizionali.

⁵⁷ La sanzione - giova ripeterlo - non può consistere nella spontanea concorrenzialità del mercato, ovvero nelle scelte razionali del consumatore capace d'espellere dal circuito commerciale il professionista non-'trasparente' (T. WILHELMSSON, *Private Law Remedies against the Breach of Information Requirements of EC Law*, e H.P. SCHWINTOWSKI, *Informationspflichten und effet utile - Auf der Suche nach einem effektiven und effizienten europäischen Sanktionensystem*, entrambi in R. SCHULZE, M. EBERS, H.C. GRIGOLEIT [Hrsg.], *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen, 2003, pp. 245-290; nella dottrina italiana, fra i molti, V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore»*, Napoli, 1997, p. 51 ss.; e A.M. AZZARO, *I contratti non negoziati*, cit., pp. 92 ss. e 276 ss.).

⁵⁸ Da ultimo, M.F. CAMPAGNA, *Note sulla trasparenza del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 1036 ss. e in particolare p. 1060 ss. (*ivi* ampia bibliografia).

quantità della merce o del servizio atteso); sugli elementi fissi il consenso dell'aderente degrada a presa d'atto o tacito assoggettamento, e poiché la sua soggezione alle condizioni altrui è automatica, insita nel puro fatto d'aver stipulato, il loro tenore è ininfluenza ai fini della formazione della volontà⁵⁹.

Ecco perché la trasparenza del contratto per adesione, a differenza della buona fede *in contrahendo*, non gioca un ruolo pre-contrattuale ma post-contrattuale: non è fattore di salvaguardia della libertà di scelta del consumatore, le cui deliberazioni 'a monte' non risultano dettate dalla maggiore o minore intelligibilità del formulario, ma è veicolo di conoscenza 'a valle' dei diritti e degli obblighi che il contratto fa ricadere sulle parti, secondo l'unilaterale programmazione del professionista.

Deve pertanto negarsi che nei contratti per adesione, come sono tipicamente i contratti del consumatore, la trasparenza 'inveri' o 'reincarni' la buona fede *ex art. 1337 c.c.* Essa invece la rimpiazza⁶⁰.

Neppure può accogliersi la tesi secondo cui buona fede *in contrahendo* e trasparenza sarebbero unificate da ciò, che dall'una scaturirebbe l'obbligo d'osservare l'altra, quasi chiarezza e comprensibilità costituissero obbligo *ex fide bona* della parte forte. L'autore di clausole opache od incomprensibili incorrerebbe allora in responsabilità precontrattuale⁶¹.

Pare invece che, a voler scovare qualche *pendant*, la trasparenza assomigli maggiormente ad un requisito di forma-contenuto, genetico e non funzionale, frutto d'una regola *lato sensu* di validità anziché di comportamento⁶². A pensar diversamente si dovrebbe ipotizzare, ad es., che esista un obbligo *ex fide bona* di determinare l'oggetto o di adoperare la forma prevista per la validità. I piani sono diversi: se l'oggetto è indeterminato o se manca la forma *ad substantiam*, il contratto è nullo; se la parte si comporta scorrettamente durante le trattative, ne risponde. Non c'è alcun collegamento necessitato. Il contratto può essere nullo senza che venga in rilievo una responsabilità *in contrahendo*; quest'ultima può sorgere anche in presenza di un contratto valido.

⁵⁹ Tutto ben noto, ma cfr. fra gli altri, M. ORLANDI, *La forma dei contratti di massa*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, cit., p. 1251 ss. e in particolare p. 1257 ss.

⁶⁰ P. GAGGERO, *Trasparenza del contratto e rimedi di autotutela*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, p. 461 ss. e in particolare p. 489 ss.; precedentemente, A. JARACH, *Art. 35 (forma e interpretazione)*, in E. CESÀRO (a cura di), *I contratti del consumatore*, cit., p. 555.

⁶¹ P. SIRENA, *Art. 1469-ter, 2° c.*, in G. ALPA, S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie*, cit., pp. 870-871.

⁶² M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*, Napoli, 2011, p. 282 ss.; in tema anche E. MORELATO, *Neoformalismo e trasparenza contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 592 ss.; e ID., *Nuovi requisiti di forma del contratto*, Padova, 2006, *passim* ma in particolare p. 38 ss.

Quel “devono” di cui all’art. 35, c. 1, c. cons. non può essere spiegato come generatore di un obbligo assimilabile alla buona fede, lo ‘scrivere bene’ sinonimo di lealtà e correttezza tecnicamente dovute. Ma la ragione dell’equivoco sta presumibilmente in ciò, che a differenza dei tradizionali requisiti *ad substantiam* - si pensi ancora alla forma, quando prescritta -, chiarezza e comprensibilità del formulario devono essere esaudite, realizzate, raggiunte (ma a rigore non ‘prestate’) soltanto dal contraente che intenda valersene, sicché vien meno la normale bilateralità del requisito di struttura⁶³. Ecco l’equivoco: l’uso del “devono”, quel porre la trasparenza a carico del predisponente fa pensare ad un obbligo di parte, e fa catalogare la fattispecie nell’alveo della responsabilità *in contrahendo*. Ma l’esistenza di una fattispecie, per una volta espressamente enunciata dal legislatore comunitario a dispetto della più consueta strategia rimediale, non deve portare l’interprete a sopravvalutare la lettera, creando una specie di simbiosi fra il “devono” dell’art. 35, c. 1, c. cons. e il “devono” dell’art. 1337 c.c. (o dello stesso art. 5, c. 3, c. cons.).

Non è dunque acconcio discorrere d’obbligo’ o d’obbligazione’ di trasparenza, se con questi vocaboli s’alluda ad un vincolo positivo d’agire del professionista, un vincolo che, laddove disatteso, darebbe luogo a responsabilità nelle trattative.

6. segue: *L’oggettivazione del requisito di trasparenza e del suo difetto*

Alcuni profili ulteriori giungono a confermare l’assunto. Per raggrupparli si potrebbe accomunare nella spinta verso l’oggettivazione del difetto di trasparenza come vizio del contratto, e nella consequenziale oggettivazione dei rimedi.

In primo luogo il difetto è per sua natura genetico, nel senso che attiene o ‘attenta’ alla formazione del vincolo, quando il testo predisposto *ex uno latere* sia chiamato, per lo meno in parte, a farsi statuto del rapporto. Ma a ben vedere il vizio ha una sua indipendenza e quasi preesistenza. L’operatore professionale stende un blocco di clausole fisse non per adoperarle *una tantum*, in questa o quella contrattazione, ma per utilizzarle sistematicamente

⁶³ Ma l’incertezza regnava già nella Relazione al Codice Civile, Libro IV, § 626, ove l’interpretazione favorevole all’aderente è posta in correlazione all’obbligo del *clare loqui* gravante su parte predisponente. Incertezza veniale, ma sintomatica (in termini generali, L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, p. 161).

e ripetutamente. Detto altrimenti le condizioni sono generali proprio perché strutturate per usi reiterati, un *kit* dell'imprenditore atto a regolarne i rapporti con chi lo preceda e chi lo segua nella catena produttiva e distributiva. In questa struttura e funzione delle clausole *standard* si traduce il fatto della predisposizione unilaterale, volta a "disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali" (così l'art. 1342, c. 1, c.c.)⁶⁴.

Ora, se questa è la *ratio*, e di tale *ratio* partecipa l'esigenza di chiarezza e comprensibilità, anche il difetto di trasparenza ha una sua indipendenza e preesistenza, una sua oggettività. Esso inficia il formulario come tale, prima che questo o quel patto intercorso fra predisponente e aderenti; è un vizio del *kit* prima che del suo prodotto. Che poi i rapporti retti da quel formulario siano più o meno numerosi o si riducano persino ad un singolo ed isolato utilizzo, non fa molta differenza.

Volendo allargare lo sguardo si nota fin da subito un divario fra la natura del vizio, la mancanza di chiarezza e comprensibilità del formulario, ed il modello corrente del processo 'a due'. Il difetto è indipendente e preesistente, corrompe il *kit* dell'imprenditore prima che quel singolo rapporto, ma la tutela invocata dalla parte debole generalmente prende le forme dell'azione individuale, che al predisponente vede contrapposto l'aderente parimenti individuale, e non l'intera classe dei (veri o potenziali) danneggiati. Mentre il formulario è uno ma ripetibile, ed anzi creato proprio per essere iterato, la relazione contrattuale è di per sé irripetibile, e tende a parcellizzare e minimizzare la tutela. Lo sforzo processuale è tutto sulle spalle dell'attore singolo, che decida d'opporre a clausole abitualmente impiegate da controparte, la quale può contare sull'inerzia od apatia di tutti gli altri aderenti. Di qui il fiorire, ancora timido in Europa, di modelli processuali

⁶⁴ Soprattutto con la dir. 13/1993 e la normativa interna derivata ha perso rilievo la distinzione tra testo predisposto unilateralmente per un singolo utilizzo - dunque a suo modo 'personalizzato' - e condizioni generali: quel che rileva è infatti l'assenza di trattativa individuale, assenza che si dà tanto per la prima quanto per la seconda ipotesi (come osservavano già C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio*, cit., p. 204 ss.; e lo stesso E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. 2^a ed. 1960, Napoli, 2002, pp. 354-355; seguiti dalla dottrina dei primi Anni '70). E questa perdita di rilievo trova un referente presuntivo nel già commentato art. 34, c. 5, c. cons. (tratto dall'art. 3, c. 2, 3^a proposizione, dir. 13/1993), che per l'una e per l'altra ipotesi onera parte predisponente di dimostrare, se del caso, il negoziato particolare su questa o quella clausola precompilata (*supra*, § 1). La giurisprudenza ha però mantenuto un atteggiamento circospetto, anche dopo le novità di provenienza comunitaria, come s'evince da Cass., 27 maggio 2003, n. 8411, e da Cass., 17 gennaio 2008, n. 866, in *Assicurazioni*, 2008, II, p. 197, che ai fini dell'applicazione dell'art. 1370 c.c. non assimila moduli e formulari alle clausole preparate per un singolo affare (fra gli altri, L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, p. 363).

aggregati o collettivi⁶⁵; di qui il fiorire, più ampio anche in Italia, del controllo amministrativo e preventivo sulle condizioni generali esercitato dalle Autorità⁶⁶.

In secondo luogo non può assumere rilievo la psiche o stato soggettivo del predisponente, nel senso che il difetto di trasparenza rileva quale che sia la retrostante intenzione lesiva o la retrostante negligenza, imprudenza o imperizia dell'autore delle clausole. Il giudizio si riduce al puro raffronto fra la clausola 'così com'è' e quella che avrebbe dovuto essere secondo trasparenza. A nulla varrebbe allora, per il professionista che si dichiara all'oscuro dell'effetto distorsivo della clausola, allegare e provare l'assenza di dolo o colpa⁶⁷.

Infine - ma i profili sarebbero molti - questo canone di chiarezza e comprensibilità, proprio perché proteso ad un giudizio che trova nel formulario *standard* il suo oggetto, dovrà essere a sua volta *standard* anziché commisurato all'orizzonte ricettivo (*Empfängerhorizont*) di questo o quell'aderente particolare. Il controllo deve cioè trascendere l'orizzonte ricettivo dell'aderente-individuo per correlarsi a ciò che avrebbe compreso il consumatore *standard* (non necessariamente 'medio', ma medio per quel genere di contrattazioni). D'altra parte, non svolgendosi alcuna trattativa né dialogo significativo prima della conclusione, non è data ai contraenti alcuna opportunità di personalizzare il regolamento ed avvicinare, per quanto possibile, i rispettivi codici comunicativi. Ad es. in *Kásler e Káslerné Rábai* la Corte di Giustizia ha promosso il metro dell'«consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avvertito», che poi, all'evidenza, esattamente 'medio' non è: un consumatore informato, osservante e circospetto, nei limiti del ragionevole⁶⁸. Però in *Aziz* alcune espressioni sembrano alludere piuttosto al consumatore vulnerabile, assai poco dotato⁶⁹. Le idee non sono sempre chiarissime.

⁶⁵ Sia consentito rinviare a E. FERRANTE, *L'azione di classe nel diritto italiano*, Padova, 2012; e per alcune considerazioni sulla funzionalità degli strumenti collettivi adottati su scala europea, Id., *Opt-out ed incentivi d'oltreoceano: idee per una vera class action in Italia e in Europa*, in *Contr. e impr. Europa*, 2012, p. 483 ss.

⁶⁶ H. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, Tübingen, 2015, p. 215 ss.

⁶⁷ Quest'oggettivazione del vizio giova sì all'aderente-consumatore, ma sul lungo periodo finirà col premere sul predisponente perché sia innalzata la qualità del formulario, e formulari impeccabili giovano pure a chi li abbia predisposti (come rimarcava con forza E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, pp. 143-144).

⁶⁸ C. Giust. UE, 30 aprile 2014, C-26/13, *Kásler e Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt*, § 74.

⁶⁹ In ogni caso anche quest'ultimo profilo d'oggettivazione giova anzitutto all'aderente: egli non potrà vedersi opporre veri o presunti chiarimenti fornitigli, per iscritto o a voce, durante o dopo la stipulazione (*contra*, P. GIAMMARIA, *Art. 1469-quater*, cit., p. 1028);

La ricostruzione di un aderente-tipo cui legare il giudizio implica che non sarà protetto l'aderente le cui capacità cognitive siano inferiori alla media, ma neppure potrà tutelarsi solo chi vanti un grado d'avvedutezza superiore. In ogni caso, a fronte di un'opacità acclarata secondo lo *status* dell'aderente medio la tutela di legge spetterà per il solo fatto dell'opacità, senza bisogno di dimostrare che nel caso di specie l'aderente ne è caduto vittima⁷⁰.

Questi profili d'oggettivazione della trasparenza e del suo *deficit*, malgrado la diversa impressione che possono destare, non sono fattori di protezione unilaterale od esclusiva dell'aderente. Essi contribuiscono allo svolgimento equilibrato del rapporto ed alla gestione razionale della sua patologia nell'interesse dell'una e dell'altra parte, di chi detta e di chi subisce le regole del gioco; prima ancora, essi traducono sul piano individuale la tensione filo-concorrenziale del nuovo diritto dei contratti, che bada all'efficienza del mercato nel suo complesso piuttosto che alla salvaguardia di questo o quel contraente⁷¹.

7. segue: *La tesi della vessatorietà (critica)*

Secondo altra tesi la clausola non chiara né comprensibile sarebbe automaticamente vessatoria ai sensi dell'art. 33, c. 1, c. cons. Ecco che il difetto di trasparenza verrebbe ad integrare uno fra i possibili indici di

se però la clausola è fin da principio trasparente, questa natura genetica del vizio giova al professionista, che non potrà vedersi sollevare contestazioni legate ad eventuali opacità extratestuali od asserite informazioni fuorvianti rese al consumatore al di là e al di fuori del tenore letterale del patto (in termini generali, F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998, p. 81 ss.; e A. DI AMATO, *L'interpretazione dei contratti di impresa*, Napoli, 1999, p. 193 ss.).

⁷⁰ Concorde A. GENTILI, *Senso e consenso*, cit., p. 607. Di conseguenza sarà tutelato anche il consumatore d'avvedutezza superiore: poiché non occorre la prova del raggirio, poiché è pur sempre il parametro medio a fare testo, anche l'aderente specialista od il consumatore straordinariamente avveduto potrà far valere il difetto di trasparenza. Tuttavia, accanto a questa difesa rafforzata dell'aderente, il corollario finisce col beneficiare lo stesso predisponente. Infatti, volendo egli creare un blocco di clausole uniformi, potrà puntare difilato al *target* del contraente medio, per lo meno per genere e specie di contrattazione, e non potrà né dovrà abbassarne ad oltranza il livello qualitativo, per poi sentirsi comunque rimproverare un'opacità da chi si professi inetto a comprendere questa o quella clausola. Soddisfatto il registro medio egli è al riparo da qualsiasi doglianza, in particolare quella di chi, vittima di un'opacità, tenti d'argomentarla sulla base delle proprie competenze inferiori alla media.

⁷¹ Ancora G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, cit., p. 399 ss.

significativo squilibrio in contrasto con la buona fede⁷². Torna nuovamente in gioco la buona fede, ma questa volta una buona fede valutativa, diversa sia dalla regola d'azione *ex art.* 1337 c.c. sia da quella d'interpretazione *ex art.* 1366 c.c.⁷³

Superfluo rammentare la scarsa incisività dei parametri generali *ex art.* 33, c. 1, c. cons., sopraffatti da giudizi di vessatorietà fondati in via esclusiva sulle liste 'grigia' o 'nera': il verdetto di vessatorietà raramente dipende da quei parametri, e quasi sempre dalle presunzioni di cui agli artt. 33, c. 2, o 36, c. 2, c. cons.⁷⁴ Da ciò discende *in primis* che gli elenchi, anziché orientare, esauriscono nei fatti il sindacato sul contenuto ed è la buona fede, e non certo le presunzioni di lista, a ricoprire un ruolo residuale o di chiusura⁷⁵.

Piuttosto si tratta d'indagare se davvero il *deficit* di trasparenza possa classificarsi come caso di vessatorietà, una vessatorietà in certo senso 'formale', come fosse una lettera aggiuntiva rispetto a quelle racchiuse nell'art. 33, c. 2, c. cons. e prossima, almeno apparentemente, alla lett. l). Ne discenderebbe una riunificazione dei due fuochi della dir. 13/1993, vale a dire del controllo sul contenuto e di quello di chiarezza e comprensibilità,

⁷² In tale direzione Trib. Roma, 21 gennaio 2000, in *Giur. it.*, 2000, p. 1439 ss., con nota siglata G.C., e p. 1847 ss., con nota di A. SALOMONE, in *Foro it.*, 2000, I, p. 2045 ss., con nota di A. PALMIERI e P. LAGHEZZA, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 473 ss., con note di M. DE POLI e P. SIRENA, in *Giur. comm.*, 2000, II, p. 211 ss., con nota di V. BUONOCORE, in *Dir. fall.*, 2001, II, p. 200 ss., con nota di F. DI MARZIO, e p. 450 ss., con nota di L. BOCHICCHIO; in *Banca borsa*, 2000, II, p. 207 ss., in *Corr. giur.*, 2000, p. 496 ss., con note di A. ORESTANO e A. DI MAJO, e in *Contratti*, 2000, p. 561 ss., con nota di V. MARICONDA; decisione confermata, sul punto *de quo*, da App. Roma, 24 settembre 2002, in *Giur. it.*, 2003, p. 119 ss., con nota siglata G.C., e p. 904 ss., con nota di L. DE RENTIIS; in *Foro it.*, 2003, I, p. 332 ss., con note di A. PALMIERI e di A. PLAIA (riferite però prevalentemente a Corte cost., 22 novembre 2002, n. 469); e in *Contratti*, 2003, p. 113 ss., con nota di A.A. DE MARCO; la sentenza è inoltre commentata (unitamente ad App. Roma, 7 maggio 2002) da L. BOZZI, *Le clausole vessatorie sotto giudizio di abusività*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 535 ss.; cfr. inoltre, V. RIZZO, *Trasparenza*, cit., p. 59 ss. (ma l'a. giunge a conclusioni eclettiche); e L. DI NELLA, *La tutela del «contraente debole» nella distribuzione commerciale*, in L. DI NELLA, L. MEZZASOMA, V. RIZZO (a cura di), *Il diritto della distribuzione commerciale*, Napoli, 2008, p. 253 ss.

⁷³ Tema sconfinato: primi riferimenti in G.M. UDA, *La buona fede nelle clausole abusive*, in G. ALPA, S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie*, cit., in particolare p. 124 ss.

⁷⁴ Lo osservava, già per la prima giurisprudenza italiana in termini, E. CESÀRO, *Clausole vessatorie ed azione inibitoria: prime pronunzie della giurisprudenza*, in *Contr. e impr. Europa*, 1997, p. 45; la percezione è diffusa pure all'estero: T. PFEIFFER, *20 Jahre Klausel-RL: Mehrebenen-Privatrecht in schärfster Ausprägung*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2013, pp. 241-242.

⁷⁵ E. FERRANTE, *Alcune considerazioni «malgrado» o «contro» la buona fede dopo la rettifica della dir. Ce 13/93*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, in particolare p. 551 ss.

fino a creare un presidio unico promettente tutele a tutto campo⁷⁶.

Ora, il testo della direttiva lascia il quesito impregiudicato e fornisce indicazioni contrastanti. Come anticipato gli artt. 4, c. 2, dir. 13/1993 e 34, c. 2, c. cons. sottraggono al controllo contenutistico la “determinazione dell’oggetto del contratto” e l’“adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi”, salvo il difetto di trasparenza (così ancora l’art. 34, c. 2, ultima proposizione, c. cons.). Se ne potrebbe dedurre che ove tali elementi siano opachi, ove ricorra cioè un difetto di trasparenza, sarebbe ammesso un controllo di tipo contenutistico all’esito del quale statuire la vessatorietà⁷⁷. A quel punto ogni difetto di trasparenza, anche quello ricadente su clausole relative all’oggetto ‘economico’, dovrebbe avere come logico corollario un giudizio d’abusività.

Tuttavia la deduzione dà peso notevole alla lettera ed alla sistemazione delle norme all’interno del codice di settore, ricalcato sulla direttiva europea senza pretese di precisione ed univocità. Non occorre scomodare riserve più generali sull’argomento *a contrario* o ipotesi della coerenza legislativa nel diritto europeo e derivato: qui pare comunque eccessivo fare tanto affidamento sulla formulazione dei precetti originari o sulla loro traduzione nelle norme attuative.

Gli artt. 6, c. 1, dir. 13/1993 e 36, c. 1, c. cons. sottopongono le clausole vessatorie alla sanzione rispettivamente della ‘non-vincolatività’ e della nullità relativa c.d. di protezione, ma non citano le clausole mancanti di trasparenza, sicché la loro sottoposizione ad un verdetto unitario trova quasi un ostacolo nella lettera della direttiva, e ancor più dell’art. 36, c. 1, c. cons., che richiama gli artt. 33 e 34, ma non l’art. 35 c.cons. Ora, chi volesse dare tanta importanza all’argomento letterale nella rielaborazione dell’art. 34, c. 2, ultima proposizione, c. cons. - e fondare su questo l’estensione della vessatorietà al difetto di trasparenza - dovrebbe dare almeno lo stesso peso all’art. 36, c. 1, c. cons., e giungere a conclusioni opposte. Ecco che l’uno e l’altro argomento, deboli in sé, sarebbero per di più contraddittori.

L’Allegato alla dir. 13/1993, ove compare un elenco di clausole da presumersi vessatorie, non menziona clausole la cui abusività dipenda da scarsa chiarezza e comprensibilità. Compare sì la citazione di condizioni che abbiano ad oggetto o che producano l’effetto di vincolare il consumatore “a

⁷⁶ È chiara in questo modo di pensare l’influenza tedesca dell’AGB-Gesetz, ora ricodificato: E. GOTTSCHALK, *Das Transparenzgebot und allgemeine Geschäftsbedingungen*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 2006, p. 555 ss.; a questo tema è dedicato pure M. FARNETI, *La vessatorietà delle clausole «principali» nei contratti del consumatore*, Padova, 2009, in particolare p. 169 ss.

⁷⁷ P. SIRENA, *Art. 1469-ter*, cit., p. 862 ss.; e V. RIZZO, *Trasparenza*, cit., p. 103 ss.

clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto” (così l’art. 33, c. 2, lett. l), c. cons.); ma la prossimità al difetto di trasparenza è scarsa. Il cenno sembra concernere più che altro condizioni che il professionista ha predisposto ma omesso di comunicare o rendere conoscibili, anziché condizioni opache o non intelligibili; è dunque anomalo che un legislatore desideroso di sottoporre l’intrasparenza ad un verdetto d’abusività non l’abbia esplicitato neppure quando ha inteso esemplificare clausole presuntivamente vessatorie⁷⁸.

Invero, se l’argomento letterale e quello dell’intenzione legislativa già non danno indicazioni risolutive, la logica stessa del controllo contenutistico, quel responso di squilibrio normativo che è caratteristico dell’abusività sostanziale, sembra sposarsi male con il sindacato di trasparenza: qui non si tratta di scrutinare il ‘buon’ bilanciamento del rapporto sotto il profilo dei diritti e degli obblighi reciproci, ma la chiarezza e comprensibilità delle clausole unilateralmente predisposte, qualcosa di diverso e per certi versi ‘a monte’ del controllo sul contenuto⁷⁹.

Ora, non si vuol escludere *a priori* che la clausola già contraria agli artt. 5 dir. 13/1993 e 35, c. 1, c. cons. possa poi risultare vessatoria in sede di controllo sul contenuto⁸⁰. Ma si dovrebbe immaginare piuttosto un cumulo dei controlli: prima quello di chiarezza e comprensibilità, poi quello d’abusività. A rigore una clausola ambigua od incomprensibile non è sottoponibile ad un giudizio sul merito del contenuto, dal momento che, per sviluppare quest’ultimo, un qualche contenuto essa deve pur esprimere. Ecco che l’interprete dovrebbe prima ovviare al difetto di trasparenza tramite l’interpretazione contro l’autore della clausola e soltanto dopo, se questa rimanga purtuttavia vessatoria, sancirne la nullità sostanziale⁸¹. La tesi criticata ammette invece che una condizione *standard* possa essere vessatoria *ex artt.* 3 dir. 13/1993 e 33, c. 1, c. cons. per il mero fatto dell’oscurità verbale⁸².

⁷⁸ P. SIRENA, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, in *Banca borsa*, 1997, I, p. 379.

⁷⁹ Si deve concedere che la linea di demarcazione è più semplice da pensare che non da applicare: sul punto, V. RIZZO, *Condizioni generali di contratto e vessatorietà*, in E. CESÀRO (a cura di), *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, Padova, 1994, pp. 68-69.

⁸⁰ Fra gli altri, V. RIZZO, *Art. 1469-quater*, cit., p. 813 ss.; G. DI GIOVINE, *Art. 35*, cit., pp. 533-535; e P. SIRENA, *Art. 1469-ter*, cit., pp. 866-867 nt. 38 (ed *ivi* ampi riferimenti bibliografici).

⁸¹ *Contra* A. JARACH, *Art. 35*, cit., p. 576 ss., che inverte gli addendi sicché prima dovrebbe aprirsi lo scrutinio di vessatorietà e soltanto dopo, preso atto che la vessatorietà non ricorre, procedersi all’interpretazione contro l’autore della clausola.

⁸² S.T. MASUCCI, *Art. 1469-quater (forma e interpretazione)*, in A. BARENGHI (a cura di),

Al riguardo c'è però un'obiezione di fondo, che rende (o renderà) la stessa idea del cumulo poco attuale: quell'idea s'adatta bene alla concezione usuale dell'interpretazione protettiva, quella da sempre addotta nell'applicazione dell'art. 1370 c.c. (e che fra poco si definirà «debole»)⁸³; ma nella versione evolutiva che ne sta coniano la giurisprudenza comunitaria - a breve la si definirà «forte» o «rimediale»⁸⁴ - essa sembra assorbire in sé tutto il controllo di trasparenza, ed anzi impedire qualsiasi coesistenza delle due forme di controllo. Sembra procedersi cioè verso un meccanismo dell'alternanza, per cui interviene o il verdetto d'intrasparenza, che precorre in via esclusiva l'*interpretatio*-rimedio, o quello di significativo squilibrio contrario a buona fede, che prelude alla nullità relativa. Ne risulterà ancor meno persuasiva la tesi che vuole accomunare vizi di trasparenza e vizi di contenuto sotto il cappello unico della vessatorietà.

Va infine confutato, a conferma dell'opportunità di scindere le prospettive, un ulteriore argomento. Come noto fra i criteri negativi di vessatorietà identificati dagli artt. 3, c. 1 e 2, dir. 13/1993 e 34, c. 4, c. cons. figura la trattativa individuale. Essa 'deterge' le clausole dall'eventuale vessatorietà, ancorché non sia agevole ricostruirne una volta per tutte i requisiti minimi, in presenza dei quali possa affermarsi che le parti hanno effettivamente negoziato. Nondimeno, equiparata la sanzione della trasparenza a quella della vessatorietà contenutistica, se ne trarrebbe conforto in ragione della comune portata sanante della trattativa. Non potrebbe allora negarsi che la clausola individualmente negoziata sia per definizione trasparente⁸⁵.

La conclusione pare tuttavia aprioristica, perché il dialogo sul tenore della clausola, pur quando assurga ad autentica trattativa, non necessariamente garantisce la trasparenza dello scritto. Esso ne esclude al più la predisposizione unilaterale. Quindi, in presenza di trattativa individuale su una o più clausole scritte, l'art. 5 dir. 13/1993 non trova applicazione semplicemente

La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile, Napoli, 1996, p. 155 ss. e in particolare p. 160 (benché in linea dubitativa); F. DI GIOVANNI, *Difetto di trasparenza e valutazione di vessatorietà delle clausole predisposte nei contratti del consumatore*, in U. RUFFOLO (a cura di), *Clausole "vessatorie" e "abusivo"*, Milano, 1997, p. 183 ss. e in particolare pp. 198-199; ID., *La regola di trasparenza*, cit., p. 69 ss.; *contra*, ma senza prendere posizione 'construens', G. DI GIOVINE, *Art. 35*, cit., p. 507 ss. e in particolare pp. 511-512; ancora *contra*, ma con distinguo e precisazioni, lo stesso P. SIRENA, *Art. 1469-ter*, cit., pp. 869-870; e critico, di recente, anche A. GENTILI, *Senso e consenso*, cit., pp. 634-635; in Francia G. PAISSANT, *Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n. 95-96 du 1^{er} février 1995*, in *Dalloz*, 1995, p. 107.

⁸³ *Infra*, § 8.

⁸⁴ *Infra*, § 9.

⁸⁵ *Contra* A. JARACH, *Art. 35*, cit., pp. 558-559.

perché vien meno il requisito basilare della predisposizione. Qualcosa di simile accade in tema d'abusività sostanziale, ove la compartecipazione volitiva del consumatore escluderebbe tendenzialmente la prevaricazione, ferma restando la necessità di valutare al meglio l'entità di tale contributo. Il dato accomunante risulta invero troppo vago per dedurne un'esigenza di parificazione fra le sanzioni.

Anche queste ultime osservazioni in negativo lasciano il principio di trasparenza 'disarmato' e non pongono fine all'indagine: permane il rischio che, sguarnito di conseguenze, il principio resti simbolico, in antitesi a quanto emerge dalla più recente giurisprudenza comunitaria, che incita invece a concedervi maggiore spazio ed impatto applicativi⁸⁶.

Prima di procedere si può stendere un bilancio provvisorio. È vero che per una volta il legislatore comunitario ha osservato - o sembra aver osservato - il canone di preesistenza della fattispecie al rimedio: prima ha scritto il principio di trasparenza, poi ha stabilito che cosa accada quando il principio sia trasgredito, vale a dire l'interpretazione contro l'autore della clausola. Ma questa preesistenza è più apparente che reale, per la semplice ragione che la fattispecie è data da una norma di principio, e tutte le norme siffatte sono caratterizzate da un alto tasso di vaghezza. Questo non è certo un male né una controindicazione all'operare dei principi nel sistema ordinamentale⁸⁷. Al contrario il principio è utile proprio perché vago o, se il vocabolo suona spregiativo, flessibile. È chiaro tuttavia che quando al rimedio è fatto precedere un principio, la normale sequenza - prima la fattispecie, poi il rimedio - s'annacqua. E se l'interprete, come visto, stenta a mettere a fuoco il principio, se la trasparenza come precetto primario risulta 'poco trasparente', può e deve trarre argomento dal rimedio. Il rimedio illumina a ritroso la fattispecie, vi dà senso e concretezza, capacità previsionale e decisoria. Insomma: forse il legislatore comunitario del 1993 non ha rotto la sequenza cara alle esperienze nazionali - la vera tecnica rimediale s'è affermata dopo - ma l'uso del principio a mo' di fattispecie invita pur sempre a muovere dal rimedio per declinare a ritroso la fattispecie stessa. Si provi dunque a sospendere il giudizio sulla trasparenza come tale, per ripartire dall'interpretazione *contra proferentem*.

⁸⁶ E peraltro, come si dirà a breve, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia la tesi della vessatorietà sostanziale (o para-sostanziale) è attestata e resiste malgrado i descritti rivolgimenti, come nell'ormai celebre contenzioso «*floor*» o «*suelo*» (*infra*, § 10).

⁸⁷ Il dibattito metodologico è intenso: G. PERLINGIERI, *Portalis e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli, 2018, in particolare p. 23 ss. e p. 77 ss.; su posizioni più conservatrici, F. PIRAINO, *Buona fede, ragionevolezza e «efficacia immediata» dei principi*, Napoli, 2017, specialmente p. 99 ss.

8. *L'interpretazione contro l'autore della clausola in versione debole*

Gli artt. 5, proposizione 2^a, dir. 13/1993 e 35, c. 2, c. cons. stabiliscono che “in caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore”⁸⁸. *Ratio* e significato della regola non necessiterebbero di particolari illustrazioni, se non altro per l'evidente similitudine col noto art. 1370 c.c.⁸⁹ Ma il nuovo discorso sistematico entro cui si situano sconsiglia d'appiattare le prospettive⁹⁰.

La clausola ambigua proviene dal contraente forte, che l'ha redatta quale strumento d'autotutela e sopraffazione per così dire 'preventive'. Egli non può giovarsi della sua ambiguità per raccogliere vantaggi ulteriori rispetto a quelli che già conseguono all'impiego del contratto *standard*; e come per una legge del contrappasso gli si ritorce contro il cattivo uso del potere di predisposizione⁹¹. Anche l'interpretazione contro l'autore sembra guadagnare un piglio preventivo: prima di valutare l'accogliibilità di qualsiasi domanda proposta dal consumatore contro il professionista, il giudice deve valutare se non sia possibile un'interpretazione 'consumeristicamente' orientata, che renda innocuo il *deficit* di trasparenza⁹².

Nondimeno la pregiudizialità dell'*interpretatio contra proferentem* nei

⁸⁸ La regola compare nella *soft law*, come all'art. 4.6. Principi-Unidroit (o PICC).

⁸⁹ L. BIGLIAZZI GERI, *Condizioni generali di contratto e buona fede*, in E. CESÀRO (a cura di), *Clausole abusive*, cit., p. 36.

⁹⁰ Non s'appiattisce S. MARTUCCELLI, *Il canone dell'interpretazione più favorevole al consumatore*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, cit., p. 1015 ss. e in particolare p. 1047 ss.

⁹¹ Osservazione diffusa: fra i molti, P. PERLINGIERI, *Appunti di «Teoria dell'interpretazione»*, Camerino, 1970, p. 89; C. TURCO, *Note in tema di ermeneutica contrattuale e principio di buona fede ex art. 1366 c.c.*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1991, p. 333 ss. e p. 349 ss.; e G. CAPO, *Attività d'impresa e formazione del contratto*, Milano, 2001, p. 207.

⁹² In Gentili è valorizzato il salto logico che c'è fra buona fede interpretativa ed interpretazione contro l'autore ex art. 1370 c.c. Come la buona fede precontrattuale si distanzia dal principio di trasparenza (*supra*, in particolare §§ 5-6), così la buona fede interpretativa si distanzia dall'*interpretatio contra stipulatorem*: nel contratto per adesione la buona fede ex art. 1366 c.c. è sinonimo d'*honeste intelligere*, sicché fra due o più significati possibili del testo unilateralmente predisposto deve prevalere quello che l'aderente poteva e doveva intendere secondo l'*id quod plerumque accidit*; giudizio di tipo relazionale, simmetrico, bilanciato (che cosa avrebbe potuto e dovuto intendere l'aderente medio?). Diversamente l'*interpretatio contra stipulatorem* implica che fra due o più significati possibili prevalga quello 'più favorevole' all'aderente, anche quando l'altro significato (meno favorevole) fosse esattamente quello che l'aderente avrebbe potuto e dovuto intendere sulla base dell'intenzione del predisponente (A. GENTILI, *Senso e consenso*, cit., p. 602). Alla fine pare vi sia quasi un'antitesi fra i due criteri ermeneutici, anziché un concorrere.

contratti per adesione ha un'altra ragione profonda: la conservazione del rapporto. In questo senso essa s'avvicina all'art. 1367 c.c.⁹³ Leggere le clausole sfuggenti in senso favorevole all'aderente disincentiva l'adozione di misure (parzialmente o totalmente) distruttive del vincolo, quelle misure che l'aderente tenderebbe altrimenti ad attivare. Ciò riflette la doppia anima della tutela comunitaria del consumatore, presidio di contraenti deboli, ma soprattutto di maggiore concorrenzialità del mercato. D'altra parte il mantenimento del vincolo, fintantoché possibile, giova pure al consumatore, che in genere ha interesse alla prestazione anche quando tardiva o bisognosa d'aggiustamenti e che invece si giova poco della sua irreversibile distruzione⁹⁴.

Una prima tessera da aggiungere al mosaico è dunque la seguente (tessera ancora piccola, ma non priva d'importanza). Le 'nuove' norme, se di per sé non alterano lo strumento, che nel contratto per adesione ha sempre portata principale, rendono visibile questa sua portata anche nella collocazione e nella sistematica normative. Nel contesto delle regole generali l'art. 1370 c.c. si mimetizza fin quasi ad occultare la sua pregiudizialità logica; nelle regole di settore, come l'art. 35 c. cons., diviene conseguenza diretta del precetto di chiarezza e comprensibilità e sovrasta qualsiasi altro criterio o rimedio⁹⁵.

Senonché, malgrado quest'ultima tessera, il mosaico resterebbe ancora sbiadito; o per lo meno restava sbiadito prima che la Corte di Giustizia non giungesse a darvi nuovo colore. Se all'art. 35, c. 2, c. cons. si chiede di contrastare davvero lo strapotere del professionista e rimaneggiare il divario informativo che lo separa dal consumatore, la versione classica dell'*interpretatio*, sebbene avvalorata dal più visibile raccordo al principio di trasparenza, appare risposta tenue, pregiudiziale sì, ma insufficiente⁹⁶.

Infatti, in questa versione-base la regola suppone in primo luogo il dubbio sul senso della clausola ('*doubt about the meaning of a term*' o '*Zweifel bei der Auslegung Allgemeiner Geschäftsbedingungen*'), sicché quest'ultima, perché la regola sia operante, deve tollerare almeno due significati possibili ed ugualmente accettabili. La regola sarebbe dunque fuori gioco quando l'ambiguità, pur acclarata, dia luogo non a plurime attribuzioni di senso

⁹³ Viceversa per Cass., 20 gennaio 1983, n. 573, in *Foro it. Rep.*, 1983, voce *Contratto in genere*, n. 219 (p. 1740), l'art. 1370 c.c. dovrebbe prevalere sull'art. 1367 c.c.

⁹⁴ Maggiori riflessioni in M. MAGGIOLO, *Un problema delle clausole vessatorie: tassatività e linguaggio giuridico*, in *Banca borsa*, 1991, I, p. 773 ss.; e M. PENNASILICO, *Metodo e valori*, cit., pp. 299-300 e pp. 316-317.

⁹⁵ Considerazione diffusa, ma cfr. P. GIAMMARIA, *Art. 1469-quater*, cit., p. 1027.

⁹⁶ V. RIZZO, *Art. 1469-quater*, cit., pp. 786-789.

ma ad una semplice non-comprensione⁹⁷. L'assioma di trasparenza pare invece più largo: non si restringe alle locuzioni polisense, oscurità per così dire 'qualificata', ma coglie qualsiasi difetto di chiarezza e comprensibilità, fermo il limite dell'assoluta inconoscibilità (art. 1341, c. 1, c.c.) o dell'indeterminatezza dell'oggetto (artt. 1346 e 1418, c. 2, c.c.)⁹⁸.

Inoltre, per restare alla versione-base, fra le due o più interpretazioni possibili la regola imporrebbe sì di preferire quella più favorevole, ma non è detto che tale interpretazione riesca a proteggere il consumatore in misura adeguata. L'interpretazione relativamente 'favorevole' potrebbe rivelarsi assai poco favorevole in assoluto, ancorché 'più favorevole' dell'altra o delle altre.

Infine - ma il censimento non ha pretese di completezza - l'ambiguità della clausola potrebbe fondare due attribuzioni di senso ugualmente praticabili ed argomentabili, ma l'una tale da mandarla indenne dal verdetto d'abusività sostanziale, l'altra tale da condannarla alla nullità *ex art. 36, c. 1, c.cons.*: quale sarebbe allora l'interpretazione più favorevole? Quella apparentemente più nociva ma atta a provocare la caducazione della clausola, rimanendo il contratto valido per il resto, o quella meno nociva ma bastevole a salvare la clausola, rendendola operante?

9. *L'interpretazione contro l'autore della clausola in versione forte*

La Corte di Giustizia, con alcune decisioni recenti, tende a sopperire a queste mancanze con l'uso forte o disinvolto dell'*interpretatio*⁹⁹. Le motivazioni sono laconiche, e talora si ha l'impressione più d'intuire che di comprendere, ma provengono da un giudice che non si rivolge solo al remittente o all'ordinamento cui questo appartiene, bensì a tutti i giudici e a tutti gli ordinamenti dell'Unione¹⁰⁰, il che non può non retroagire sullo stile: dovendosi adattare ad un retroterra nazionale mutevole e talora accidentato,

⁹⁷ Fra gli altri, V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983, pp. 309 ss. e 368 ss.

⁹⁸ Ancora S. MARTUCCELLI, *Il canone dell'interpretazione*, cit., p. 1049 ss.

⁹⁹ Trattasi delle già menzionate C. Giust. UE, 26 febbraio 2015, cit.; e soprattutto, C. Giust. UE, 23 aprile 2015, cit.

¹⁰⁰ Ed è risaputo che l'armonizzazione minima recata dalla dir. 13/1993 ha prodotto una convergenza piuttosto approssimativa fra le legislazioni nazionali, ciò che è in parte alla base del cambio di rotta operato con la Dir. 2011/83/UE; fra gli altri, M. EBERS, *La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/13/CEE) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione*, in *Contr. e impr. Europa*, 2007, p. 696 ss. e più in dettaglio pp. 729-731.

le decisioni non possono essere troppo caratterizzate, ma devono tenere profilo 'basso' e fraseggio distaccato¹⁰¹.

In primo luogo l'interpretazione protettiva sembra chiamata ad operare sempre e comunque, non appena emerga una non-trasparenza. Ad es. in *Matei* si controverte sulla clausola che riserva al professionista-mutuante la facoltà di modificare unilateralmente il tasso d'interesse applicato al consumatore-mutuatario; sotto accusa sono le «condizioni e i (...) criteri che consentono al mutuante di operare tale modifica, in particolare a motivo della 'sopravvenienza di variazioni significative sul mercato finanziario'» (*Matei*, § 63), formula che la Corte giudica 'prima facie poco trasparente' (*Matei*, § 76). Indi si controverte sulle clausole che «impongono al consumatore il pagamento di una commissione d'importo considerevole diretta a garantire il rimborso del prestito, sebbene si affermi che tale rischio è già garantito da un'ipoteca e sebbene, in cambio di tale commissione, la banca non fornisca un effettivo servizio al consumatore nel suo esclusivo interesse» (*Matei*, § 71).

Ecco che la Corte, nel rimettere la decisione al giudice nazionale, dubita che «il contratto di mutuo di cui trattasi esponga in maniera trasparente i motivi che giustificano la remunerazione corrispondente a tale commissione, dal momento che è contestato che il mutuante sia tenuto a fornire una reale controprestazione per ottenere la suddetta commissione, oltre al fatto di assumere il rischio del mancato rimborso, che si sostiene essere già garantito da un'ipoteca. La mancanza di trasparenza, nei contratti oggetto del procedimento principale, della motivazione che giustifica tali clausole sembra del resto confermata dal fatto (...) che, nel caso di specie, il mutuante ha proposto ai mutuatari di sostituire la denominazione delle suddette clausole con quella di 'commissione di gestione del credito', senza tuttavia modificarne il contenuto» (*Matei*, § 77).

A prescindere dalla loro vessatorietà - secondo la Corte le clausole sarebbero sottoponibili a scrutinio contenutistico *ex artt.* 4, § 2, dir. 13/1993, e 34, c. 2, c. cons.-, «tali clausole devono, in ogni caso, essere oggetto di una valutazione del loro eventuale carattere abusivo, se si dovesse accertare, accertamento che spetta parimenti al giudice del rinvio, che esse non sono redatte in modo chiaro e comprensibile» (*Matei*, § 72).

Sennonché, almeno a quanto è dato apprendere dal testo della sentenza, espressioni come 'variazioni significative sul mercato finanziario' o 'risk charge' non possono definirsi plurivoche o polisense: semplicemente rimettono alla discrezionalità del contraente forte la quantificazione di

¹⁰¹ C.-W. CANARIS, *Der EuGH als zukünftige privatrechtliche Superrevisionsinstanz?*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1994, p. 417; e J. BASEDOW, *Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 2010, p. 157 ss.

una parte del corrispettivo, sia questa descritta come incremento del tasso d'interesse ovvero come commissione aggiuntiva di rischio. Ancora più netta *Van Hove*, che conclude: «(...) in forza dell'articolo 5 di tale direttiva, se la formulazione di una clausola contrattuale non è chiara, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore» (*Van Hove*, § 49).

Dunque, a rettifica della sua concezione più usuale, l'interpretazione contro l'autore della clausola non è più subordinata ad un'ambivalenza di significati entro cui scegliere, ma ad una mera e qualsivoglia opacità¹⁰². Per ipotesi, giusto per sviluppare il pensiero che riposa sotto le parole della Corte, basterebbe un'oscurità 'non qualificata', nel senso d'inadatta a produrre la benché minima attribuzione di senso¹⁰³. E anche qui, trattandosi di conseguenza diretta del precetto di trasparenza, non ha luogo alcuna gradazione dei criteri ermeneutici: l'*interpretatio* non può che primeggiare tanto sulla comune intenzione quanto sul significato desumibile dal tenore esteriore delle dichiarazioni¹⁰⁴. La lettura più favorevole prevale anche quando, sempre per ipotesi, sia possibile una ricognizione esauriente della comune volontà delle parti. Se infatti «l'obbligo della trasparenza delle clausole contrattuali sancito agli articoli 4, paragrafo 2, e 5 della direttiva 93/13 (...) non può essere limitato unicamente al carattere comprensibile di queste ultime sui piani formale e grammaticale» (*Matei*, § 73; e *Van Hove*, § 40), l'aderente che malgrado l'opacità ne abbia colto perfettamente il senso - e dunque le abbia 'accettate' - potrà profittare comunque dell'*interpretatio*, non essendogli opponibile una diversa e comune intenzione bilaterale¹⁰⁵.

¹⁰² Men che meno risulta subordinata alla buona fede del consumatore, incolpevolmente affidatosi al senso a sé favorevole, come richiede (ma dubitativamente) A. GENTILI, *Senso e consenso*, cit., pp. 636-637.

¹⁰³ D'altro canto, come posto in luce (A. JARACH, *Art. 35*, cit., pp. 556-557), le due situazioni non sono sempre distinguibili ed anzi in una larga generalità di casi ambivalenza ed oscurità assoluta tendono a confondersi (sembra escluderlo invece P. GIAMMARIA, *Art. 1469-quater*, cit., p. 1015).

¹⁰⁴ Qualche spunto già in M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Milano, 1989, pp. 21-22; e in A.M. AZZARO, *I contratti non negoziati*, cit., p. 271.

¹⁰⁵ Nello scambio senza accordo, per usare la terminologia irtiana, non ha senso alcuno discorrere di «comune intenzione delle parti» ex art. 1362, c. 1, c.c.: l'interpretazione della clausola predisposta ne dovrà prescindere, per la semplice ragione che una comune intenzione non c'è (per tutti, AND. GENOVESE, *Contratto standard*, cit., p. 815 ss.); c'è semmai un'intenzione unilaterale del predisponente, benché persino questa, se non accompagnata da specificazioni e distinguo, potrebbe revocarsi in dubbio. È notorio infatti che le condizioni adoperate dall'imprenditore di regola sono riconducibili alla sua volontà solo al prezzo d'una finzione, vale a dire che egli ne sia autore o consapevole utilizzatore, quando spesso egli è puro ricettore di una prassi, della contrattualistica-fonte del diritto (M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti*, Napoli,

Se la lettera non è trasparente, il consumatore ha ‘diritto’ all’interpretazione favorevole anche quando fosse inizialmente pago della lettura meno propizia offertagli, durante il negoziato, dalla controparte forte (anche quando cioè ‘avesse capito benissimo’).

Inoltre, per tratteggiare un secondo corollario, poiché non è più richiesta una plurivocità di significati, l’interprete è dispensato dal comparare due o più soluzioni alternative e preferire quella ‘relativamente’ più conveniente; egli procede in proprio alla costruzione della regola più vantaggiosa in assoluto. Preso atto dell’oscurità, egli tutela il consumatore creandogli la *best rule*, al di là e al di sopra di qualsiasi altro criterio o strumento. Continua la Corte: «(...) è di rilevanza essenziale la questione se il contratto esponga in modo trasparente il motivo e le modalità del meccanismo di modifica del tasso di interesse e il rapporto tra tale clausola e altre clausole relative alla remunerazione del mutuante, di modo che un consumatore informato possa prevedere, in base a criteri chiari e comprensibili, le conseguenze economiche che gliene derivano» (*Matei*, § 74; ma similmente *Van Hove*, § 41).

Dunque, a modifica della sua struttura tradizionale, l’interpretazione protettiva diviene un ‘superlativo’ piuttosto che un ‘comparativo’, e con l’occasione dell’opacità testuale punta alla massima protezione consumeristica. D’altro canto, se la lettera è muta, se l’opacità è tale da non fondare significato alcuno, è artificioso escogitare proposte fra le quali operare una scelta: meglio imporre *omisso medio* ‘il’ significato favorevole¹⁰⁶.

Infine - ma si tratta di corollario cui la Corte non ha ancora badato - l’abbandono del metro comparativo renderà più semplice rispondere al quesito ‘conviene di più la lettura sfavorevole che porta alla nullità della clausola o quella favorevole che ne implichi la salvezza?’¹⁰⁷. Il dubbio è lecito perché grazie all’art. 36, c. 1, c. cons. la nullità della clausola non s’estende mai all’intero, salvo il limite dell’indeterminatezza dell’oggetto (limite remoto, poiché il controllo di vessatorietà non concerne l’equilibrio

2011, p. 302 ss.). La prassi contrattuale, stratificata e solidificata dall’uso, auto-produce regole che in certo senso s’impongono pure alla parte forte, la quale solo artificiosamente potrà dirsi averle ‘volute’ (più ampiamente G. ALPA, *La prassi*, in AA. VV., *Le fonti del diritto italiano*, 2, *Le fonti non scritte e l’interpretazione*, in *Tratt. dir. civ. Sacco*, Torino, 1999, p. 97 ss. e p. 106 ss.).

¹⁰⁶ Linea di tendenza già intravista, nella nostra dottrina, da V. CALDERAI, *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*, Torino, 2008, in particolare p. 82 ss.

¹⁰⁷ Fra i molti, V. ROPPO, *La recezione della disciplina europea delle clausole abusive (“vessatorie”) nei contratti fra professionisti e consumatori: artt. 1469 bis e seg. c.c.*, in *Diritto Privato 1996*, Padova, 1997, p. 99; F. DI GIOVANNI, *Difetto di trasparenza*, cit., p. 196; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Prime riflessioni sulla direttiva comunitaria n. 93/13 (clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori)*, in *Banca borsa*, 1993, I, p. 727 nt. 50.

economico in forza dell'art. 4, § 2, dir. 13/1993). Ecco che, rimanendo il contratto valido 'per il resto', al consumatore potrebbe giovare 'di più' un'interpretazione demolitoria¹⁰⁸.

Pare invece che proprio la *nouvelle vague* dell'interpretazione contro l'autore della clausola deponga a sfavore di quest'idea. Svincolata da giudizi comparativi fondati sulla pura convenienza contingente, l'interpretazione più favorevole in assoluto è tale proprio perché la clausola resta, ma viene riletta in modo incondizionatamente protettivo per il consumatore. L'interprete lavora sulla clausola non per espungerla dal contratto, ma per conservarla nel senso maggiormente difensivo della parte debole. In quest'ottica l'interpretazione che condanna la clausola alla nullità non sarà neppure presa in considerazione, visto che all'interprete non si chiede di comparare, ma di comporre una regola giovevole al consumatore; ed una costruzione siffatta non è neppure immaginabile se nel frattempo o all'esito la clausola è fatta cadere¹⁰⁹.

In ogni caso l'*interpretatio*, così irrobustita, non è più sanzione debole. Essa conquista il rango di rimedio, e perde (per lo meno in parte) la sua valenza 'passivamente' interpretativa. Forse è questione di gusti, lo stabilire che cos'è interpretazione e che cos'è rimedio. Però, portato alle estreme conseguenze, il nuovo approccio giunge non tanto ad interpretare quanto a sostituire la clausola opaca - 'opaca' spesso solo perché sfavorevole - con altra chiara e comprensibile, in realtà semplicemente favorevole¹¹⁰. Il processo è in corso, e se ne intuiscono solo i primi fermenti¹¹¹.

¹⁰⁸ In tal senso V. RIZZO, *Trasparenza*, cit., p. 94 ss.; non prendeva posizione, E. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, in E. CESÀRO (a cura di), *Clausole abusive*, cit., pp. 106-107.

¹⁰⁹ In direzione simile L. DI NELLA, *Mercato e autonomia*, cit., p. 360 ss.; *contra* A. GENTILI, *Senso e consenso*, cit., pp. 607-608.

¹¹⁰ Che giudizio dare di quest'innegabile protagonismo della Corte europea? Che la giurisprudenza comunitaria adotti soluzioni robuste, nette, pesanti sta bene: l'ordinamento dell'Unione assomiglia molto più ad un *judge made law* che non ai tradizionali sistemi continentali, ricurvi sull'idea della legge generale e astratta (P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, pp. 226-227; in senso critico, C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2012, p. 227 ss.; e tutto sommato lo stesso G. ALPA, *Comparazione e diritto straniero nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 879 ss.). Ma ci si troverebbe del pari disponibili a concedere lo stesso spazio al comune giudice nazionale, magari di prima istanza?

¹¹¹ È però smentita la previsione secondo la quale l'introduzione nel nostro ordinamento del controllo contenutistico avrebbe finito col rendere marginale l'*interpretatio contra proferentem* (V. RIZZO, *Trasparenza*, cit., p. 89 ss.); previsione più che plausibile, a guardare la cosa con gli occhi del 'prima', ma ora incrinata da una giurisprudenza comunitaria poco propensa a dare il dovuto spazio al controllo sostanziale e da un contenzioso locale tutto sommato rado.

10. *Prima conclusione: l'interpretazione contro l'autore della clausola come rimedio unico*

A maggior ragione ora che nella giurisprudenza emergono segnali di rafforzamento dell'interpretazione contro l'autore della clausola, non è più possibile ridurre l'art. 35, c. 2, c. cons. a norma che semplicemente conferma, nel codice di settore, quanto già stabilito dall'art. 1370 c.c.: le norme sono equivalenti, ma s'inscrivono in comparti normativi dissonanti sotto il profilo delle opzioni di principio. E questa giurisprudenza comunitaria isola l'*interpretatio contra proferentem* dagli altri criteri ermeneutici, la congiunge senza filtri o distinguo alla trasparenza e ne fa rimedio di tutela.

Dagli elementi raccolti si trae la persuasione che l'*interpretatio*-rimedio sia destinata a giocare un ruolo dominante, almeno per due ordini di fattori.

In primo luogo se la Corte di Giustizia - per ragioni che sarebbe lungo ripercorrere¹¹² - ha di fatto rinunciato al controllo contenutistico, certamente non ha rinunciato a quello di trasparenza; si risparmia dall'accertare in proprio la vessatorietà sostanziale, ma non disdegna di pronunciarsi su chiarezza e comprensibilità¹¹³. Ecco che, confermandosi l'andamento, nei prossimi anni potrebbero essere poche le sentenze in tema di vessatorietà e molte quelle in tema di trasparenza, con ricadute proporzionali sulla giurisprudenza interna dei Paesi membri¹¹⁴. Inevitabile che cresca pure il

¹¹² Dopo qualche spinta 'interventista' (sia pure *obiter*, come in C. Giust. CE, 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, vale a dire *Océano Grupo Editorial c. Rocio Murciano Quintero* [C-240/98], *Salvat Editores c. José M. Sánchez Alcón Prades* [C-241/98], *José Luis Copano Badillo* [C-242/98], *Mohammed Berroane* [C-243/98] e *Emilio Viñas Feliú* [C-244/98], in *Racc. C. giust. CE*, 2000, p. I-04941 ss.), la chiusura si fa recisa nel caso *Freiburger*: cfr. C. Giust. UE, 1° aprile 2004, C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten c. L. Hofstetter e U. Hofstetter*, in *Racc. C. giust. CE*, 2004, p. I-3412 ss. (in tema, fra gli altri, M.W. HESSELINK, *Case notes. Case: ECJ – Freiburger Kommunalbauten*, in *European Review of Contract Law*, 2006, p. 366 ss.; L. CRUCIANI, *Clausole generali e principi elastici in Europa: il caso della buona fede e dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 482; e E. NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 978); e nella stessa direzione si muovono, successivamente, C. Giust. UE, 26 ottobre 2006, C-168/05, *Mostaza Claro c. Centro Movil Milenium*, in *Racc. C. giust. CE*, 2006, p. I-10421 ss. (in particolare § 22); C. Giust. UE, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon c. Erzsébet Sustikné*, in *Racc. C. giust. CE*, 2009, p. I-04713 ss.; e C. Giust. UE, 9 novembre 2010, C-137/08, *Pénzügyi Lizing c. Ferench Schneider*, in *Racc. C. giust. CE*, 2010, p. I-10847 ss. In tema, E. FERRANTE, *Alcune considerazioni*, cit., in particolare p. 559 ss.

¹¹³ Rilievo diffuso, ma cfr. C. STEMPER, *Der lange Weg zur Teilvereinheitlichung der AGB-Kontrolle in Europa – Die Rechtsprechung des EuGH zur Richtlinie 93/13*, in *ZEuP*, 2017, p. 106 ss.

¹¹⁴ Nei casi finora decisi la Corte s'è pronunciata *tout court* sulla nitidezza della clausola, con

ricorso all'*interpretatio*, baricentro di questa giurisprudenza evolutiva in materia di consumatori.

Tuttavia - ecco il secondo fattore - non è solo un andamento quantitativo: l'importanza crescente della regola dipende da una rilettura 'forte' che finirà col determinarne un sovra-utilizzo. Così rivisitata essa promette risultati assai più appetibili o minacciosi di quanto non promettesse in passato, ed il filo rosso già cucito fra trasparenza ed interpretazione punitiva, fra primo e secondo comma dell'art. 35 c. cons., si farà più visibile e fruibile all'atto pratico.

Piuttosto ci si dovrebbe domandare se così rinvigorita la norma non possa divenire, magari gradualmente, da regola di vertice a regola esclusiva, da rimedio principale a rimedio unico. Che sia risultato già implicito nelle norme od affiorante pian piano dal sistema, non fa troppa differenza: se il rimedio appare adeguato e proporzionato, se appare cioè il 'giusto' rimedio, perché non pensare che sia anche rimedio esclusivo? Il cordone ombelicale che nella fisionomia della dir. 13/1993 lega l'*interpretatio* a chiarezza e comprensibilità tende non a prevalere ma a scalzare ogni altro combinato disposto¹¹⁵. E non è difficile immaginare che una 'macchina' interpretativa ben 'oliata', che sfrutti l'opacità del testo per costruire interpretazioni iper-protettive del consumatore, finisca presto col monopolizzare l'uso pratico della trasparenza. Sarà con ciò finita la ricerca della sanzione:

accertamento in concreto (su tutte, C. Giust. UE, 21 marzo 2013, causa C-92/11, *RWE Vertrieb c. Verbraucherzentrale NRW*, ECLI:EU:C:2013:180), anziché rinviare la deliberazione al giudice remittente; ha ritenuto cioè di potersi e doversi pronunciare non in via esegetica dell'enunciato, ma di scrutinio diretto della clausola (similmente, C. Giust. UE, 16 novembre 2010 causa C-76/10, *Pohotovost' c. Iveta Korčková*, in *Racc. C. giust. CE*, 2010, p. I-11557 ss.). E il compito decisorio, se raffrontato a quello tipico del controllo contenutistico, non è certo più lieve: anzi, mentre questo conosce un concorrere di metri elastici e puntuali esemplificazioni, come le clausole-tipo indicate nelle liste, il vaglio di trasparenza è vivificato dalla sola endiadi di chiarezza e comprensibilità (anche se qualche previsione da elenco può certamente soccorrere, come afferma ancora C. Giust. UE, 21 marzo 2013, cit.). Peraltro nello scrutinio di trasparenza dovrebbero affiorare le circostanze fattuali, perché anche chiarezza e comprensibilità rispondono alla concretezza dei casi prima che alla purezza delle strutture dogmatiche (in tema già il 'classico', H.E. BRANDNER, *Die Umstände des einzelnen Falles bei der Auslegung und Beurteilung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1963, pp. 237 ss. e 244 ss.).

¹¹⁵ *Contra*, fra gli altri, A. GENTILI, *Senso e consenso*, cit., p. 606, secondo il quale il «difetto di trasparenza ha comunque autonoma rilevanza: potenzialmente plurima, perché può tanto rendere nulla la clausola incomprensibile quanto forse, almeno in qualche caso, fondare un risarcimento alla stessa stregua della violazione degli obblighi di informazione. E va ricordato che è facoltà esclusiva del consumatore scegliere la domanda da proporre: nullità, risarcimento, interpretazione *contra stipulatorem*». Ma l'idea dell'esclusività o dell'*interpretatio*-rimedio unico non è generalmente presa in considerazione: cfr. ad es., S. MARTUCELLI, *Il canone dell'interpretazione*, cit., p. 1034 ss.

l'interpretazione protettiva, ormai attecchita in versione forte, può infondere alla trasparenza la tanto ricercata effettività.

Si provi ora a tornare dal rimedio alla fattispecie (poco sopra s'era sospeso il giudizio). Se l'interpretazione contro l'autore è, per lo meno in prospettiva, il rimedio unico a presidio della trasparenza, essa può dire qualcosa di conclusivo sulla trasparenza medesima. Come detto la preesistenza della fattispecie è più apparente che reale, perché l'enunciazione del principio di chiarezza e comprensibilità, che precede quella dell'*interpretatio*-rimedio, è tanto lata da non disvelare *a priori* i suoi elementi costitutivi. D'altro canto nel ricorso ai principi è sempre insito il rinvio a qualcosa che è fuori di essi ed è posposto, e che solo permette la decisione del caso in ragione del principio medesimo¹¹⁶. Detto altrimenti, resta incerto che cosa sia davvero il difetto di chiarezza e comprensibilità: mala fede *in contrahendo*, vessatorietà sostanziale o qualcos'altro?

Ebbene, laddove si condivida l'assunto che la mancanza di trasparenza trovi esclusivamente nell'interpretazione punitiva la sua risposta, e non si dia altro percorso credibile, la fattispecie 'sostanziale' sarà data da una clausola valida¹¹⁷. Se già non convince, per altre motivazioni, l'idea della colpa precontrattuale e se neppure convince quella della vessatorietà, si lasci al rimedio l'affinamento della fattispecie. All'esito è ciò che si fa quasi sempre col diritto di derivazione comunitaria, lavorare sui rimedi per estrarne i requisiti alla base, rimontare dalle forme di tutela agli elementi sostanziali.

Se la cura è interpretarla o ricostruirla in senso filo-consumeristico, la clausola non sarà nulla né vessatoria, né fonte come tale di responsabilità *in contrahendo* del suo redattore. Essa darà semplicemente àdito ad una rielaborazione-correzione eseguita dall'interprete secondo l'obiettivo della maggiore e migliore protezione consumeristica. Clausola valida dunque, ma bisognosa di rifacimento.

Inutile nascondere che nell'ormai celebre contenzioso «*floor*» o «*suelo*» la Corte di Giustizia¹¹⁸, a dispetto di quanto osservato e dei suoi

¹¹⁶ F. PIRAINO, *Buona fede, ragionevolezza*, cit., p. 53 ss.

¹¹⁷ In senso contrario L. DI NELLA, *Mercato e autonomia*, cit., p. 364; e A. GENTILI, *Senso e consenso*, cit., p. 605, secondo il quale, così facendo, «(...) si cerca erroneamente nell'interpretazione la terapia per una malattia che va curata con l'invalidità»; soluzione invero ineccepibile, se l'oscurità sfoci nell'indeterminatezza dell'oggetto (artt. 1346 e 1418, c. 2, c.c.), ma non altrettanto laddove colpisca condizioni estranee, ad una stregua oggettiva, al nucleo di previsioni essenziali per la funzionalità del rapporto.

¹¹⁸ C. Giust. UE, 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Gutiérrez Naranjo/Palacios Martínez c. Cajasur Banco/Banco Bilbao/Banco Popular Español*, in *Contratti*, 2017, p. 11 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, ed a proposito della quale A. DALMARTELLO, *Epilogo della questione della clausola floor in Spagna? Chiarimenti della*

stessi orientamenti in tema d'*interpretatio*-rimedio, nell'accertare profili di vessatorietà 'economica' per mancanza di trasparenza ha discusso senz'esitazione di 'non-vincolatività' ex art. 6, § 1, dir.13/1993. Grazie al difetto di chiarezza e comprensibilità ha sindacato clausole sull'oggetto, altrimenti immuni, e senza fare uso dell'interpretazione contro l'autore ha applicato *de plano* l'art. 6, § 1, dir. 13/1993, ciò che nel linguaggio del nostro legislatore equivarrebbe a nullità relativa (art. 36, c. 1, c. cons.); ha dunque sottoposto il difetto di trasparenza alla stessa conseguenza della vessatorietà contenutistica, il che sembra ripristinare la simbiosi o cumulo fra i due percorsi di controllo, quello sull'equilibrio cognitivo e quello sull'equilibrio normativo: filoni giurisprudenziali non comunicanti o persino antitetici?

Forse è più prudente chiosare che la Corte, lontana da ambizioni classificatorie o scrupoli dogmatici, ama giocare con formule lievi come la 'non-vincolatività', concetto che con espressione logora potrebbe dirsi post-moderno (ancorché risalente al 1993). L'art. 6, § 1, dir. 13/1993 è di quelle norme che nessuno saprebbe catalogare con sicurezza - inefficacia in senso stretto, invalidità relativa, inopponibilità? - e che gli stessi legislatori nazionali hanno attuato in modi alterni ed oscillanti; ma è di quelle norme per le quali è semplice cogliere lo scopo¹¹⁹. Il 'rivestimento' conta poco e ci può pensare il legislatore o giudice territoriale; quel che conta è fissare che la clausola astrusa o prevaricatrice non vincola. Più che contraddittori o non comunicanti sono orientamenti paralleli e tutti indifferenti alla sistemazione finale di fattispecie e rimedio.

11. *Seconda conclusione: il consumatore autorità privata?*

L'esempio dell'*interpretatio*-rimedio mostra come il nuovo diritto dei contratti sia sensibile alle gradazioni del consenso. Forse perché slegato dagli archètipi tradizionali o forse perché grossolano, il diritto italo-europeo precostituisce tutele del contraente debole che sorvolano e rendono per così dire irrilevante il fatto che questi abbia consentito. Nel contratto per

Corte di Giustizia sugli effetti della non vincolatività delle clausole abusive, in *Rivista di diritto bancario*, 2017. In tema cfr. inoltre, nella dottrina italiana, S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone di Gentili e della Corte di Giustizia (il dopo Radlinger aspettando le clausole floor, sullo sfondo del nuovo art. 1190 Code civil)*, in *Contratti*, 2016, p. 1037 ss.; e ID., *Interpretazione (ed integrazione) dei contratti asimmetrici (Atto secondo)*, *ivi*, p. 1147 ss.

¹¹⁹ Per tutti, G. ALPA, *Il contratto in generale*, I, cit., pp. 363-364.

adesione, con le sue disparate varianti unificate dal prevalere del 'redazionale' sul 'volitivo', la volontà (al più) è dell'*an* ma non include il regolamento. Diviene allora artificioso l'interpretare quel regolamento siccome realmente voluto.

Il consumatore è eretto a controllore della razionalità del mercato, garante della libera e leale concorrenza tra imprese, sicché la sua tutela è mezzo prima che fine. Ma l'esempio dell'*interpretatio* in versione forte - orientamento ancora in cerca d'identità - è congeniale tanto al mezzo quanto al fine: induce l'impresa a stendere formulari chiari perché in difetto il consumatore sarà protetto sempre e comunque, a prescindere da ciò che ha compreso o da ciò che non avrebbe compreso mai, anche a fronte di condizioni chiarissime. E il risultato sarà la costruzione di una regola incondizionatamente benefica per il consumatore.

Forse in questi nuovi scenari, tributari del diritto europeo ed assai poco di quello interno, si profila un'autorità privata 'alla rovescia', difficile dire se «di fatto» o «di diritto» - per usare le parole di Bianca - vale a dire il consumatore. Nel loro disegno ordo-liberale legge e giudice comunitari ne marciano il ruolo d'organizzatore sovrano del mercato, anche grazie all'uso oggettivo dell'interpretazione contro l'autore della clausola (ove autore è l'impresa predisponente che compete con altre predisponenti nel mercato di riferimento)¹²⁰.

Né può misconoscersi, ancora, che quest'uso vigoroso dell'*interpretatio*, se proviene dalla materia consumeristica grazie all'impulso della Corte di Giustizia, dovrebbe prima o poi reagire sulla parte generale, giacché il contratto predisposto è di parte generale, non riducibile all'area del *business-to-consumer*, e non meno generale è l'interpretazione protettiva¹²¹. L'interprete che voglia 'fare sistema' deve anzi rifuggire da soluzioni frammentate e chiuse, e favorire il dialogo a doppio senso fra contratto in generale e contratti del consumatore, pena l'impossibilità di ridurre il tutto ad una superiore unità ordinamentale, e pena il vedersi infrangere ancora una volta il primato dell'ordine giuridico.

¹²⁰ Non c'è però afflato emancipatore dall'oppressione (P. FEMIA, *Autonomia e autolegislazione*, cit., p. 45 ss.) e permane al contrario un basso grado d'effettività (M. FRIES, *Verbraucherrechtsdurchsetzung*, Tübingen, 2016, p. 108 ss. e p. 187 ss.). C'è la ricerca di nuove e più sofisticate forme di legittimazione politico-sociale, che consentano all'idea volontarista di resistere, al dogma della parità formale d'auto-conservarsi.

¹²¹ *Contra*, A. GENTILI, *Senso e consenso*, cit., pp. 639-640.