

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PISA
FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA
SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
PROGRAMMA DI DIRITTO PRIVATO
SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE IUS/01 DIRITTO PRIVATO

L'INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO ASIMMETRICO,
NEL CALEIDOSCOPIO DELLA TRASPARENZA

Di:

Dott.ssa Irene Margherita Gonnelli

Relatore e Tutor:

Chiar.mo Prof. Stefano Pagliantini

Anno 2014

INDICE

INDICE.....	2
-------------	---

PARTE I

LA TRASPARENZA DEL CONTRATTO ASIMMETRICO. RIFLESSIONI SULL'ERMENEUSI DEL CONTRATTO ASIMMETRICO

CAPITOLO I

L'ERMENEUSI DEL CONTRATTO ASIMMETRICO: UN INIZIO

I.A) Ermeneusi del contratto asimmetrico: un approccio.....	9
I.B) La ricostruzione gerarchica tradizionale dei rapporti tra i canoni ermeneutici codicistici.....	9
I.C) Emersione dell'influenza del tipo contrattuale nell'interpretazione del contratto.....	15
I.D) L'ampiezza e la qualità del materiale ermeneutico a disposizione dell'interprete, con un accenno di comparazione con il common law inglese.....	19
I.E) Ermeneutica contrattuale, poteri officiosi del giudice e principio dispositivo.....	26

CAPITOLO II

RAPPORTI TRA I CANONI ERMENEUTICI CODICISTICI E LE DISCIPLINE SPECIALI

II.A) Rapporti tra canoni ermeneutici codicistici e canoni contenuti nel Codice del Consumo.....	35
--	----

CAPITOLO III

INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO CON IL CONSUMATORE

III.A) Ermeneusi del contratto tra professionista e consumatore. L'art. 35 cod. cons.....	46
III.B) L'art. 35, comma 1 cod. cons.....	46
III.B).1 "Chiarezza" e "comprensibilità"	46
III.B).2 Parametro di riferimento per la chiarezza e la comprensibilità.....	51
...Consumatore medio.....	51
...Consumatore debole.....	52
...Consumatore "confiant".....	53
III.C) La portata applicativa dell'art. 35, comma 1 cod. cons.....	56
III.D) Trasparenza e vessatorietà.....	66
III.E) L'art. 35, comma 2 cod. cons. Interpretatio contra proferentem.....	69

III.F) In particolare: l'art. 35, comma 2 cod. cons. e l'art. 1367 c.c.	70
III.G) In particolare: l'art. 35, comma 2 cod. cons e l'art. 1370 c.c.....	76
III.H) In particolare: l'art. 35, comma 2 cod. cons. e l'art. 1368, comma 2 c.c.	83
III.I) In particolare: l'art. 35 cod. cons. e l'art. 1366 c.c.	85
III.L) Rapporto tra i primi due commi dell'art. 35 cod. cons.....	86
III.M) Clausole ambigue e giudizio di vessatorietà.....	88
...una prima tesi: il difetto di trasparenza come un mero indice.....	93
...una seconda tesi: il difetto di trasparenza come un'autonoma ipotesi di vessatorietà.....	93
III.N) L'art. 34 cod. cons.....	98
III.O) Notazioni sparse sul tema.....	108
III.P) Un'ipotesi pratica di sconfinamento: art. 33, comma 2, lett. i) cod. cons.....	124

PARTE II

LA TRASPARENZA IN AMBITO BANCARIO

CAPITOLO IV

LA TRASPARENZA NEI RAPPORTI BANCARI

IV)Cosa intendere per “trasparenza” nel mondo bancario e finanziario.....	129
IV.A)Sulla nozione di “trasparenza”	129
IV.B)Informazione qualificata e trasparenza.....	139
IV.C)Iter legislativo della trasparenza.....	142
IV.D)La trasparenza informativa: il sistema.....	170
IV.E)Trasparenza in corso di rapporto.....	183
IV.F)La trasparenza nei provvedimenti della Banca d'Italia.....	187
IV.G)Una peculiare declinazione del principio di trasparenza in ambito bancario e finanziario:la nuova direttiva sui contratti di credito relativi a immobili residenziali.....	202
IV.G).1 Cenni generali sulla nuova direttiva, sotto la lente della trasparenza.....	202
IV.G).2 Campo d'applicazione.....	205
IV.G).3 Il contesto in cui la recente direttiva si inserisce.....	207

IV.G).4 I principi cardine della direttiva: l'educazione finanziaria del consumatore.....	213
IV.G).5 I principi cardine della direttiva: gli obblighi informativi.....	214
IV.G).6 I principi cardine della direttiva: oltre gli obblighi informativi, la valutazione del merito creditizio.....	227
IV.G).7 I principi cardine della direttiva: la prestazione di servizi di consulenza.....	231
IV.G).8 La trasparenza gestionale.....	232
IV.G).9 Qualche considerazione sulle tendenze emergenti dalla direttiva.....	239
IV.H) Spunti critici in tema di trasparenza bancaria.....	241
IV.H).1 Art. 125-bis TUB.....	241
IV.H).2 Art. 125-bis TUB. Carezza di chiarezza e di concisione delle informazioni.....	242
IV.H).3 Mancata consegna copia al cliente. Art. 125-bis TUB.....	243
IV.H).4 Art. 125-bis TUB. Omissione del TAEG.....	244
IV. I) Una cartina tornasole: la sentenza RWE Vertrieb. Il momento dell'informazione.....	270

IV.L)Questioni irrisolte in tema di trasparenza.....	273
IV.M)Le linee evolutive più recenti in tema di trasparenza nella giurisprudenza comunitaria.....	278
IV.M).1 Uno sguardo di insieme sul tema.....	278
IV.M).2 Il caso Árpád Kásler e Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt.....	279
IV.M).3 La sentenza Kasler e il problema della sorte del contratto privato della clausola abusiva.....	300
IV.M).4 Le tendenze efficientistiche nella recente giurisprudenza comunitaria.....	305
BIBLIOGRAFIA.....	352

PARTE I

LA TRASPARENZA DEL CONTRATTO ASIMMETRICO.

RIFLESSIONI SULL'ERMENEUSI DEL CONTRATTO ASIMMETRICO

CAPITOLO I

L'ERMENEUSI DEL CONTRATTO ASIMMETRICO: UN INIZIO

I.A) Ermeneusi del contratto asimmetrico: un approccio

Una riflessione sull'ermeneutica contrattuale riferita ai rapporti asimmetrici deve necessariamente muovere dalla constatazione delle crescenti difficoltà frapposte all'attività interpretativa dalla introduzione nel nostro ordinamento di normative "speciali", spesso di origine comunitaria, e dei codici di settore, fattori che hanno reso peraltro ardua la riduzione delle varie figure ad un'unitaria fisionomia contrattuale, facendo presagire la proliferazione di micro-sistemi potenzialmente incomunicabili e la frammentazione dell'ordinamento, in difformità altresì rispetto ai valori costituzionali¹.

Per intraprendere un discorso sull'ermeneutica dei contratti asimmetrici è necessario muovere dal più completo corpus extracodicistico, ossia dal Codice del Consumo, il quale predispone una disciplina dell'interpretazione, seppur problematica nella sua stessa delineazione e nei rapporti con i canoni previsti dal codice civile in relazione all'ermeneutica dei contratti in generale.

I.B) La ricostruzione gerarchica tradizionale dei rapporti tra i canoni ermeneutici codicistici

Invero, rispetto all'accennato problema di individuare l'assetto più opportuno da dare ai rapporti tra gli artt. 1362 ss. c.c.² e la disciplina consumeristica, è comunque preliminare una

¹ **MINERVINI E.**, *Status delle parti e disciplina del contratto*, in AA.VV., *Diritto privato comunitario*, I, a cura di Perlingieri P.-Ruggeri L., Napoli, 2008, 435 ss., in part. 444.

² Gli artt. 1362 ss. c.c. sono ormai concordemente considerati delle vere e proprie norme giuridiche. Ad es., vedi **MESSINEO F.**, voce *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, 935 ss., in part. 947.

disamina delle più accreditate soluzioni emerse in dottrina in materia di sistemazione gerarchica dei canoni interpretativi codicistici.³

Tradizionalmente, si usa effettuare una rigida distinzione gerarchica all'interno delle norme ermeneutiche codicistiche, sebbene sia stato più volte fatto notare come, invero, una simile schematicità non si armonizzi pienamente con la relatività che sembra caratterizzare il modus operandi delle regole ermeneutiche e, perciò, appaia poco convincente⁴.

Il criterio di gerarchia sulla cui base sono state tradizionalmente distribuite le norme sull'interpretazione del contratto⁵ prevede generalmente la suddivisione di queste ultime in un primo (artt. 1363-1365 c.c.) ed in un secondo gruppo (artt. 1366-1371 c.c.), ma le

³ D'altronde, l'interrogativo sul rapporto con i canoni ermeneutici codicistici si era posto già in passato riguardo ad una regola per certi versi vicina a quella contenuta nell'art. 35 cod. cons., ossia l'art. 1370 c.c.. Detto articolo, difatti, con riferimento alle clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari, prescrive un criterio di interpretazione volto a favorire il contraente non predisponente, ed è stato inquadrato tra le regole di interpretazione oggettiva. In realtà, seguendo rigorosamente il principio di gerarchia delle regole ermeneutiche, la norma appena menzionata avrebbe dovuto avere un ruolo sussidiario rispetto all'art. 1362 c.c., con la conseguenza che la comune intenzione delle parti – trattata da quest'ultimo articolo – sarebbe stata oggetto di ricerca primaria e obbligata pure in contratti in cui palesemente manca un'elaborazione consensuale del regolamento negoziale.

Per quanto una parte della dottrina si fosse espressa da tempo nel senso di superare la gerarchia dei canoni in funzione della specialità nei negozi unilateralmente predisposti, si è fatto tuttavia notare, in senso contrario, che anche nei contratti per adesione esiste un momento consensuale in riferimento agli elementi essenziali, rispetto ai quali non si attua un'unilaterale predisposizione, per cui, per tale parte del regolamento contrattuale, non sarebbe illogico aver riguardo ad una comune intenzione.

⁴ **DI AMATO A.**, *L'interpretazione del contratto di impresa*, Napoli, 1999, in part. 199 s.

⁵ L'introduzione del principio di gerarchia in tale ambito viene generalmente ricondotta a **GRASSETTI C.**, *Intorno al principio di gerarchia delle norme di interpretazione*, in *Foro it.*, 1941, I, 512 ss.

Vedasi a proposito **IRTI N.**, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 1139 ss., in part. 1157.

combinazioni di detti raggruppamenti possono anche variare nel loro contenuto, a seconda delle differenti ricostruzioni.⁶

In particolare, in una parte della dottrina si nota l'esclusione, da ambo i predetti raggruppamenti, dell'art. 1366 c.c., sul presupposto che la norma sul canone ermeneutico di buona fede dominerebbe ambo i suddetti insiemi⁷.

Assai frequente, peraltro, appare l'uso di definire i canoni di cui agli artt. 1363, 1364 e 1365 c.c. come norme di interpretazione soggettiva⁸, come tali in contrapposizione agli artt. da 1366 a 1371 c.c., definiti norme di interpretazione oggettiva.

⁶ Cfr. **RIZZO V.**, *Commento agli artt. 1362-1371 c.c.*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di Perlingieri G., Napoli, 1991, IV, 1484 ss..

Ad esempio, **SACCO R., DE NOVA G.**, *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1982, in part. 432, racchiude gli artt. 1364 e 1365 c.c. tra i criteri di interpretazione oggettiva, sul presupposto che dette norme non sempre conducono a rinvenire un significato aderente a quanto i dichiaranti hanno inteso, poichè il valore delle espressioni generali e delle elencazioni esemplificative potrebbero assumere nelle intenzioni dei dichiaranti una portata diversa da quella che invece attribuiscono loro, rispettivamente, il principio di congruità con l'oggetto del contratto ed il principio della mera indicatività.

Critica verso la suddivisione rigida tra i due gruppi di norme è, ad esempio, **COSTANZA M.**, voce *Interpretazione dei negozi di diritto privato*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, X, 27 ss., ritenendo che soltanto l'art. 1362 c.c. si riferisca ad una ricerca dell'intenzione del dichiarante, mentre le altre regole esprimono criteri interpretativi la cui applicazione non comporta necessariamente una coincidenza tra ciò che è stato inteso e quanto viene significato.

⁷ La Relazione al Re di accompagnamento al codice civile ha qualificato la regola della buona fede come il punto di sutura tra il momento soggettivo e quello oggettivo dell'interpretazione e ne ha parlato come di una norma “*che li domina entrambi?*”.

Così anche **SCARONGELLA F.**, *Interpretazione del contratto in sede di legittimità e principio del gradualismo*, in *I contratti*, 2010, 6, 562 ss., in part. 564.

⁸ **MAIORCA S.**, *Il contratto. Profili della disciplina generale. Lezioni di diritto privato*, Torino, 1996, 238 ss..

Si tratta di definizioni talmente radicate nella dottrina italiana da mostrarsi quasi ineludibili, anche se, almeno in una certa misura, potrebbero risultare fuorvianti.

Invero, sarebbe forse più opportuno parlare per il primo gruppo di “norme prioritarie” e per il secondo di “norme sussidiarie”, con ciò sottolineando che anche quest’ultimo insieme di canoni – seppur caratterizzati dal fatto che l’interprete vi può far ricorso solo quando, anche dopo l’applicazione delle norme di interpretazione soggettiva, il contratto sia rimasto oscuro – è pur sempre finalizzato alla ricerca della comune intenzione delle parti⁹.

Certo è che la gerarchia di cui si parla non attiene, comunque, al maggiore o minore valore dei canoni (peraltro, tutti finalizzati al superamento della pluralità di significati a favore del raggiungimento di una decisione), bensì semplicemente alla successione temporale tra i due gruppi di regole, di modo che, una volta accertata l’inutilità del primo insieme alla determinazione di un unico significato, e persistendo invece il dubbio, si passa al secondo insieme di canoni e, quando neanche il secondo insieme di criteri riesce a debellare ambiguità e dubbio, soccorrono dunque le regole finali.

Questo procedimento viene generalmente identificato con il cd. “principio del gradualismo”, spiegandolo come una progressione in cui si deve ricorrere ai canoni sussidiari solo quando i canoni principali siano insufficienti alla ricognizione della comune intenzione delle parti¹⁰.

⁹ **CARRESI F.**, *Dell’interpretazione del contratto. Art. 1362-1371*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca* a cura di Galgano F., Libro Quarto – Delle obbligazioni, Bologna-Roma, 1992, 1 ss., in part. 61.

Vedasi anche Cass., 19 ottobre 2009, n. 22124, la quale definisce “*canoni principali di interpretazione*” i canoni relativi al significato letterale delle parole ed al collegamento tra le clausole del contratto.

¹⁰ **SCARONGELLA F.**, *Interpretazione del contratto in sede di legittimità e principio del gradualismo*, in *I contratti*, cit., in part. 565.

Così Cass., 1 agosto 2001, n. 10493.

Il principio del gradualismo cumula in sé la funzione di vincolare il giudice di merito ad una precisa metodologia ermeneutica, fornendo così uno strumento di valutazione del suo operato, nonché la funzione di onerare il ricorrente della contestazione di precise violazioni di legge in ordine al procedimento ermeneutico seguito dal giudice di merito.

A ben vedere, non è opportuno inferire dalla menzionata classificazione dualistica l'esistenza, accanto a due diversi metodi, di due diversi problemi; in realtà, si tratta del medesimo e unico problema cioè quello di comprendere il testo e di scioglierne polisemie ed oscurità attraverso le tecniche legali.

Per quanto il dubbio sembri costituire sempre occasione dell'attività interpretativa, si è osservato che non altrettanto certo è che il dubbio, e dunque il suo superamento, costituisca anche la ratio di tutte le norme ermeneutiche e quindi, in definitiva, dell'interpretazione¹¹. In particolare, potrebbe non esserlo rispetto agli artt. 1362-1365 c.c., per i quali l'incertezza sarebbe soltanto occasione di intervento¹², e per l'art. 1366 c.c. Riguardo a quest'ultima norma, segnatamente, si può dire che il dubbio è pretesto di intervento, ma solo nel senso che non si può interpretare il contratto secondo buona fede se le parti (o il giudice) non siano state indotte (o chiamato) a ricorrere agli artt. 1362-1365 c.c. o 1367-1371 c.c. al fine di superare una questione, rimasta a livello di contrasto di

¹¹ **BIGLIAZZI GERI L.**, *L'interpretazione del contratto*, in Schlesinger P. (diretto da), *Commentario Cod. Civ.*, Milano, 1991, 340 ss., in part. 340 s.

¹² Non sembra a **BIGLIAZZI GERI L.**, *L'interpretazione del contratto*, Milano, 1991, 2013, in part. 34, opportuno distinguere tra il 1° comma dell'art 1362 ed il 2° comma dell'art 1362 e l'art. 1363 c.c., essendo tutti orientati alla ricostruzione della comune intenzione dei contraenti.

Di contrario avviso è parte della giurisprudenza di legittimità, ad esempio Cass., 27 giugno 1985, n. 3853.

Lo stesso dicasi per gli artt. 1364 c.c., da ritenersi non tanto una norma sull'interpretazione quanto un criterio di selezione presupponente – e non attuativo della – la ricostruzione della comune intenzione delle parti, e 1365 c.c., di incerta collocazione a causa della accentuata sfumatura oggettiva.

opinioni (o invece tradottasi in controversia), così da aprire la via all'inevitabile – a quel punto – giudizio conclusivo di buona fede.

Quanto invece agli artt. 1367-1371 c.c., la ratio di questi sembra stare proprio nella necessità di superare uno stato di incertezza tale da sospendere, sebbene non da rendere impossibile, il giudizio circa il significato dell'atto. Difatti, le norme di quello che si può definire il secondo blocco (artt. 1367-1371 c.c., cui non appartiene il canone di interpretazione secondo buona fede, seppur oggettivo), a differenza di quelle del primo blocco, appaiono contenere i mezzi per superare una situazione di stallo che paralizzerebbe l'effettività dell'iniziativa negoziale.

Di conseguenza, non si tratterebbe tanto di cogliere prima la volontà soggettiva e in concreto dei contraenti per poi attribuire un significato al contratto ambiguo o oscuro tramite la ricerca di una presumibile volontà in astratto, quanto invece di cogliere prima nella sua portata obiettiva il senso soggettivo del regolamento di interessi realizzato, per poi identificare, prescindendo da riferimenti alla volontà ipotetica o in astratto, una regola, dato che il legame tra regola contrattuale e parti che l'hanno formulata tende a sfumare ed è necessario conservare la volontà alla base del momento decisionale ossia di dar vita ad un regolamento di interessi risultato peraltro totalmente o parzialmente oscuro o ambiguo.

Tale affermazione sembra poter trovare conforto nell'art. 1367 c.c., che nello spingere, nel dubbio, a scegliere il senso che conferisca alle clausole qualche effetto, prescinde da qualsivoglia riferimento ad una volontà – vera o presunta – e allo scopo specifico perseguito dalle parti con la stipulazione.

Prendendo in esame l'orientamento tradizionale che, come anticipato, tende a distinguere all'interno delle norme interpretative codicistiche e ad ordinarle sulla base di schemi precisi, ci si avvede tuttavia che non è possibile seguire un criterio gerarchico basato sulla distinzione tra “volontà in concreto” e “volontà in astratto”, non foss'altro per la difficoltà

di inquadrare alcuni dei canoni codicistici in un gruppo o nell'altro e, non ultimo, per l'incerta validità degli schemi gerarchici e sussidiari tradizionalmente adoperati¹³.

Peraltro, non pare giustificabile il discrimine gerarchico che viene talvolta instaurato tra norme appartenenti allo stesso gruppo ovvero tra commi del medesimo articolo (per quest'ultimo caso si pensi, ad esempio, alla distinzione che talvolta si riscontra tra 1° e 2° comma dell'art. 1362 c.c.), dal momento che ciò appare in contraddizione con la considerazione che tutte le norme ermeneutiche codicistiche sarebbero finalizzate all'indagine circa la comune intenzione dei contraenti e, dunque, andrebbero applicate in maniera sistematica.

Senza dimenticare poi l'ulteriore e complesso nodo problematico rappresentato dall'art. 1366 c.c., il quale sembra rifiutare una definitiva collocazione all'interno di un qualsiasi ordine gerarchico; del resto, la disposizione in parola appare come una sorta di norma di chiusura, destinata ad applicarsi a prescindere dal dubbio/incertezza/ambiguità ma, anzi, proprio quando il dubbio/incertezza/ambiguità, che caratterizzano il ricorso alle regole ermeneutiche o comunque che giustificano il ricorso ad alcune tra queste, sono stati superati.

I.C) Emersione dell'influenza del tipo contrattuale nell'interpretazione del contratto

Altra importante questione riguarda la possibilità di ritenere che ciascun tipo contrattuale, con la sua specifica disciplina, possa influenzare l'attività ermeneutica.

In tal senso sembrerebbe indirizzare l'art. 1369 c.c. in tema di espressioni polisense, che fa riferimento alla scelta del significato più conveniente alla natura e all'oggetto del contratto; tuttavia, proprio da tale considerazione potrebbe restare ancor più indebolita la classica distinzione tra norme di interpretazione oggettiva e di interpretazione soggettiva.

¹³ **BIGLIAZZI GERI L.**, *op. cit.*, in part. 41.

Affermare una neutralità dell'interpretazione, in quanto operazione destinata a volgersi verso valori di soggettività o di oggettività a seconda della disciplina di ciascun contratto, implica peraltro dare per presupposto che, quando si affronti la determinazione del significato e della portata di un contratto, si conosca sempre, già in partenza, con quale tipologia di contratto ci si sta fronteggiando.

In realtà, il più delle volte, all'interprete sfugge l'identificazione del tipo contrattuale e della sua disciplina¹⁴.

Resta, invero, più di una perplessità un rigido assoggettamento dell'attività ermeneutica al tipo contrattuale.

Anzitutto, tale metodo appare aprioristico, in quanto ricondurre un regolamento di interessi ad un tipo – o escludere la riconducibilità di esso ad un tipo – inerisce al momento della qualificazione e, dunque, presuppone o una percezione immediata dello schema di riferimento oppure un'attività ermeneutica nel corso della quale il riferimento ad un possibile schema tipico di confronto riveste soltanto uno dei passaggi caratterizzanti l'intero procedimento.

D'altronde, soltanto successivamente alla riconduzione del regolamento di interessi ad un tipo si pone il problema circa l'identificazione dell'eventuale norma speciale applicabile.¹⁵

¹⁴ **BIGLIAZZI GERI L.**, *op. cit.*, in part. 43. In senso contrario, cfr. **CASELLA M.**, voce *Negoziio giuridico (interpretazione)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 16 ss, in part. 26.

¹⁵ Non sembra mutare la conclusione ove, invece che a un tipo specifico (ad esempio, compravendita), ci si riferisca ad un tipo generico (ad esempio, contratto di scambio, contratto oneroso, ecc...) in quanto anche in questa ipotesi il ricorso alle stesse regole generali riferite al tipo presuppone una rilevabilità evidente di detto tipo che, invero, non sempre è possibile. In questo senso **BIGLIAZZI GERI L.**, *op. cit.*, in part., 45, che trova detta osservazione esatta alla luce dell'applicazione dell'art. 1371 c.c. La medesima Autrice afferma che, anche qualora il tipo dovesse essere immediatamente e certamente evidente, non si giungerebbe a significative varianti ermeneutiche, almeno ove ci si basi sulla giurisprudenza. Se si pensa al contratto collettivo di lavoro, per cui è immediata la riconducibilità dell'assetto di interessi al tipo, questo è sottoposto costantemente alle regole

Tuttavia, si tende, da parte di molti, ad enfatizzare le varianti ermeneutiche prodotte dalla natura di un singolo contratto ed indotte, da un lato, dalla presenza di regole speciali concernenti il tipo in questione e, dall'altro, dall'esistenza di una pluralità di criteri interpretativi di elaborazione giurisprudenziale in riferimento a singoli tipi contrattuali.

Nel detto ultimo significato, i criteri ermeneutici generali formulati in astratto verrebbero adattati dalla giurisprudenza alle peculiarità del caso concreto così da giungere, a seconda dell'atto, ad una diversa ricostruzione della volontà delle parti; così facendo, la natura dell'atto servirebbe non solo a qualificare l'atto stesso tramite l'individuazione del tipo e dei contenuti ma si rifletterebe anche sull'interpretazione del significato complessivo e sull'interpretazione delle singole clausole¹⁶.

In effetti, ben presto si è posto il problema derivante dalla constatazione che le regole di ermeneutica negoziale non si esauriscono all'interno del codice civile, in quanto a fianco di tali canoni generali si pongono altri canoni speciali e/o diversi e/o particolari¹⁷, i quali parrebbero in linea di massima idonei ad esser applicati al di là degli istituti per la disciplina dei quali sono stati previsti.

generali sull'interpretazione dei contratti, e rispetto ad esso si osserva non un'applicazione dei criteri ermeneutici generali piegata ad esigenze concrete, e dunque la creazione per via giurisprudenziale di regole particolari, bensì una selezione all'interno di detti criteri ed una più accentuata considerazione di alcuni di essi rispetto a quanto accade per altri tipi; è il caso, per esempio, dell'art. 1366 c.c., spesso applicato in quanto gli interessi della persona che il contratto di lavoro è inteso a soddisfare coinvolgono principi quali la libertà, la parità di trattamento e la tutela del contraente debole, strettamente attinenti alla buona fede.

¹⁶ Così **CANEPA A.**, *sub art. 1362*, in Cendon P. (a cura di), *Commentario al codice civile*, Torino, 1991, n. 223 ss., per il quale il tipo di accordo concluso è il criterio di riferimento predominante, in quanto le regole generali si devono adeguare al tipo considerato. Vedasi **ALPA G.**, *Il contratto in generale*, Torino, 1999, in part. 472 e **CASELLA M.**, voce *Negoziio giuridico (interpretazione)*, cit., in part. 19.

¹⁷ **GRASSETTI C.**, *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padova, 1938, 47 ss., 223 ss.

Prima ancora che la disciplina consumeristica ponesse simili problemi, dunque, detti interrogativi già erano stati sollevati.

Tali disposizioni speciali, secondo l'opinione maggioritaria, dovrebbero essere collocate in un rapporto di sussidiarietà rispetto alle norme generali; la loro applicazione, infatti, suppone la pre-identificazione del tipo cui le medesime si riferiscono.

Il fatto stesso che, di frequente, detti insiemi di norme siano stati studiati all'interno del menzionato rapporto di sussidiarietà e non indipendentemente da esso, pare rafforzare l'idea che essi non possano prescindere da un legame con i criteri interpretativi codicistici; pertanto, si è spesso ritenuto che la ricerca di norme interpretative speciali sia giustificata solo ove la stessa conduca ad identificare norme che siano veramente idonee ad esprimere strumenti ermeneutici autonomi e diversi da quelli codificati, perché altrimenti si tratterebbe di un'operazione piuttosto ininfluyente, la quale si esaurirebbe nel raffronto tra norma speciale e norma generale e nella riconduzione della norma speciale ad una o all'altra delle norme generali, in quanto specificazione e/o applicazione di esse nelle diverse materie¹⁸.

Si potrebbe al limite affermare, sulla scia di parte della dottrina, che il principio di gerarchia possa essere utile esclusivamente al fine di escludere la simultanea applicazione dei canoni ermeneutici¹⁹.

¹⁸ **BIGLIAZZI GERI L.**, *op. cit.*, in part. 53. Questa Autrice considera che le norme speciali non sono in realtà numerose, in quanto la maggior parte di quelle che vengono incluse in detta categoria non possiedono una forza ermeneutica certa, essendo o dirette a integrare il contenuto del negozio e del conseguente rapporto (ad esempio, l'art. 1560, commi 1 e 3 c.c.) o mirate ad offrire il riferimento su cui misurare la validità di un atto (ad esempio, gli artt. 624, comma 2 e 647, comma 3 c.c.).

¹⁹ Vedasi a proposito **IRTI N.**, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, cit., in part. 1158.

I.D)L'ampiezza e la qualità del materiale ermeneutico a disposizione dell'interprete, con un accenno di comparazione con il *common law* inglese

Un'interessante questione è rappresentata dall'interrogativo su quale, e quanto ampio, debba considerarsi il materiale ermeneutico utilizzabile nella formazione del convincimento dell'interprete sul significato da attribuire al contratto tra professionista e consumatore, nonché su quali connessioni presenti tale problema con il ruolo dell'affidamento nell'ambito del procedimento ermeneutico.

In materia di interpretazione del contratto in generale, parte della dottrina²⁰ ritiene che non si debba enfatizzare la formulazione letterale dell'art 1362 c.c., che invita alla ricerca della comune intenzione delle parti attraverso una valutazione del comportamento complessivo.

A sostegno di detto convincimento si porta usualmente quell'orientamento giurisprudenziale che, discostandosi dalla menzionata formulazione normativa, diversifica l'operazione interpretativa a seconda che ci si trovi in presenza di un contratto formale o di un contratto non formale, conferendo conseguentemente rilevanza solo per questi ultimi al comportamento complessivo delle parti; invece, l'interpretazione dei contratti per cui è richiesta la forma scritta ad substantiam non ammetterebbe la considerazione del comportamento complessivo dei contraenti con riferimento agli elementi essenziali del negozio. Alla base di tale orientamento si nota una certa preoccupazione che un'interpretazione extratestuale sia in grado di attribuire un rilievo a impegni non espressamente pattuiti dalle parti, mettendo a rischio le ragioni di certezza dei traffici, particolarmente evidenti in presenza di contratti con forma scritta ad substantiam²¹.

Altra parte della dottrina, tuttavia, evidenzia che la formalità dell'atto non dovrebbe ostacolare in alcun modo la valutazione di elementi extratestuali, il cui utilizzo, peraltro,

²⁰ **VIGLIONE F.**, *Metodi e modelli di interpretazione del contratto. Prospettive di un dialogo tra common law e civil law*, Torino, 2011, in part. 204.

²¹ Cfr. Cass., 22 giugno 2006, n. 14444, Cass., 5 febbraio 2004, n. 2216, Cass., 21 giugno 1999, n. 6214.

dovrebbe consentire di chiarire il senso del testo scritto, anche ove si volesse escludere che da essi sia lecito desumere la formazione del consenso sugli elementi essenziali del contratto²².

E' in tale contesto che si può inquadrare una recente ed interessante tendenza, sviluppatasi nella prassi contrattuale internazionale, ad inserire nei negozi una clausola standard che impone di limitare l'analisi ermeneutica al documento contrattuale²³.

E' notorio che gli operatori del commercio tendono a prediligere la minor ingerenza possibile sul contenuto del negozio, così come è stato tradotto nel testo scritto. Tale atteggiamento è chiaramente giustificato dall'esigenza di prevedibilità dell'esito interpretativo e da una certa diffidenza dinanzi ad operazioni ermeneutiche che possano surrettiziamente correggere il contenuto del contratto.

Il riferimento è alle cd. *entire agreement clauses*, che, come anticipato, sono ormai decisamente frequenti se non costanti all'interno dei contratti internazionali, tanto da aver attirato l'attenzione, in tempi piuttosto recenti, anche della dottrina e della giurisprudenza, ed in particolar modo di quelle anglosassoni.

²² **CIAN G.**, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, in part. 177 ss.; **IRTI N.**, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile*, Padova, 1996, in part. 38 s.; **ROPPO V.**, *Il contratto*, Milano, 2001, in part. 472; **MONATERI P.G.**, *L'interpretazione del contratto*, in *Il nuovo contratto* diretto da Monasteri P.G. ed altri, Bologna 2007, 426 ss.426 ss.

In senso contrario vedasi **DISTASO N.**, *I contratti in generale*, in *Giurisprudenza Bigiavi*, 1981, III, 1594 ss., in part. 1594.

Vedasi anche **CERQUETTI P.**, *Le regole dell'interpretazione tra forma e contenuto del contratto.*, Perugia, 2008, in part. 1 ss.

²³ **DE NOVA G.**, *The law which governs this agreement is the law of the Republic of Italy: il contratto alieno*, in *Dir. Comm. int.*, 2007, 1 ss., in part. 6, anche in **DE NOVA G.**, *Il contratto alieno*, Torino, 2010, in part. 52; **CORDERO MOSS G.**, *L'uso di clausole contrattuali sviluppate in tradizioni giuridiche diverse* in Ferreri S., a cura di, *Falsi amici e trappole linguistiche*, Torino, 2010, 134 ss., in part. 134.

Si mette spesso in evidenza la specificità intrinseca ed ineludibile dell'ermeneutica contrattuale con riguardo al suo stesso oggetto, in quanto appare necessario considerare la relazionalità delle dichiarazioni e la conseguente impossibilità di circoscrivere l'indagine interpretativa al mero accertamento del fatto, al dato testuale ed alla ricerca dei soli elementi riconducibili ad una manifestazione estrinsecata di volontà delle parti del contratto²⁴.

Diviene, pertanto, opportuno conferire rilievo al complesso e dinamico quadro offerto dalla realtà negoziale, al complessivo assetto degli interessi perseguiti dai contraenti.²⁵

Spesso in una lettura di questo tipo si tende ad inserire una valorizzazione del ruolo delle clausole generali, sulla scia dell'enfatizzazione, in atto nel diritto europeo dei contratti, del valore rappresentato dalla giustizia contrattuale. Di tale tendenza appare espressivo il tramite della concessione al giudice di un potere correttivo o riequilibrativo già nel momento in cui egli svolge l'attività ermeneutica e, dunque, comprende e simultaneamente applica²⁶ le espressioni linguistiche che sono state usate dalle parti.

All'interno di un simile orientamento si annida, dunque, la possibilità di introdurre, mediante l'interpretazione, l'idea che un ruolo selettivo nei confronti della polisemia delle parole utilizzate non sia attribuibile soltanto al contesto in cui il linguaggio è adoperato ma

²⁴ **VIGLIONE F.**, *Metodi e modelli di interpretazione del contratto. Prospettive di un dialogo tra common law e civil law*, cit., in part. 2.

²⁵ Una simile impostazione può portare anche a quelle letture tendenti ad annullare la distinzione tra interpretazione e valutazione, facendone un procedimento unitario arricchito da una considerazione degli effetti concreti che l'atto in esame è destinato a produrre, il quale dovrebbe tendere a correggere quanto risulti non in sintonia con il giudizio di valore dell'interprete. Ne conseguirebbe una potenziale variabilità dell'esito ermeneutico, e ciò sia nelle ipotesi in cui la volontà dei contraenti venisse valutata con riguardo alla società ed ai suoi valori (similmente a quanto accade nell'interpretazione evolutiva della legge), sia nelle ipotesi in cui si considerasse il contesto fattuale concreto in cui viene posto in essere l'atto da interpretare.

²⁶ **GADAMER H.G.**, *Verità e metodo*, Tubinga, 1960, trad. it a cura Vattimo G., Milano, 2000, in part. 679.

anche e soprattutto al giudizio di valore sull'autoregolamento degli interessi, che potrebbe anche tradursi in una potenziale e simultanea correzione dello stesso.

Simili prospettive, ove portate avanti in un'ottica di costruzione di una rinnovata ermeneutica contrattuale, incentiverebbero un'inclusione, all'interno del diritto dei contratti, di strumenti di riequilibrio di situazioni sostanziali squilibrate, e della possibilità per l'interprete di assumere un ruolo non neutrale ma anzi ben consapevole del modo in cui, grazie ai suoi presupposti culturali e giuridici, egli percepisce i rapporti sociali e gli interessi in gioco.

In questa direzione, si deve valutare se si sia effettivamente verificato o se sia auspicabile che si verifichi, un passaggio dal letteralismo al contestualismo, e se debba riservarsi un ruolo preminente, nell'operazione ermeneutica, alla tutela dell'affidamento e ad un'interpretazione ragionevole delle dichiarazioni negoziali.

A questo riguardo, come poc'anzi anticipato, vengono alla mente quei recenti processi effettivamente in atto nell'ambito dell'interpretazione del contratto di common law, in particolare inglese.

Il riferimento da cui muovere in proposito è certamente il restatement sui principi ermeneutici, che si rinviene nel noto caso *Investors Compensation Scheme Ltd. v West Bromwich Building Society*²⁷.

Tale decisione viene, infatti, reputata un leading case di quella tendenza sviluppatasi nell'interpretazione contrattuale inglese spesso riassunto nel termine "contextualism"²⁸.

A destare interesse è segnatamente l'opinione ivi espressa da Lord Hoffmann, la quale contiene una precisa indicazione delle regole di interpretazione del contratto, che appaiono improntate allo scopo di uniformarne l'esegesi a principi che potrebbero essere definiti di buon senso. Si tratta di un'opinione tuttavia che non ha pregio solo per la sua schematicità

²⁷ Caso *Investors Compensation Scheme Ltd. v West Bromwich Building Society* [1998] 1 All E.R. 98.

²⁸ **VIGLIONE F.**, *op. cit.*, in part. 60.

ma anche per la sostanza contenuta nelle cinque regole fondamentali esposte, le quali sono intese come una guida per l'interprete che ricerchi il significato di un contratto.

Si parte, dunque, dall'affermazione che l'interpretazione consiste nell'accertamento del significato che il documento trasmette ad una reasonable person dotata delle conoscenze di base che avrebbero dovuto essere state ragionevolmente disponibili alle parti al momento della conclusione del contratto. Difatti, nel common law l'ermeneusi non si indirizza alla ricerca dell'intenzione soggettiva dei contraenti ma alla ricerca di un senso, oggettivo, da attribuire alle parole delle parti e ricavato in base all'impressione che dette parole trasmettono ad una persona ragionevole. In questa prospettiva, che valuta le dichiarazioni alla stregua del criterio di ragionevolezza, viene attribuito fondamentale rilievo all'affidamento dei destinatari delle singole dichiarazioni che compongono il contratto, affidamento che deve venir protetto proprio nei limiti della ragionevolezza che si presume sia posseduta da ogni persona.

La ragionevolezza, invero, entra nel procedimento ermeneutico anche sotto un altro profilo, in quanto la cd. matrice fattuale, sintagma che sta ad indicare il materiale utilizzabile da parte del giudice per conoscere il background, comprende qualsiasi elemento che possa risultare idoneo a condizionare la comprensione del testo contrattuale da parte di una persona ragionevole; tale materiale è quello che verosimilmente era a disposizione dei contraenti al momento della conclusione del negozio. Ovviamente, tale ampiezza data al materiale extratestuale ammissibile è stata da molti²⁹ – in particolare da coloro che sono più legati al tradizionale valore dell'oggettività tutelata dal criterio letterale – giudicata eccessiva e potenzialmente aperta a qualsiasi tipo di materiale.

Per circoscrivere il materiale fattuale, evitando le accennate critiche e adoperando ancora una volta il criterio di ragionevolezza, si potrebbe pensare che la matrice fattuale è, in linea

²⁹ *Scottish Power plc v Britoil (Exploration) Ltd.* [1997] EWCA Civ 2752, opinione espresso da Sir Straughton Christopher.

di massima, fatta coincidere con quegli elementi che una persona ragionevole avrebbe considerato rilevanti³⁰.

A ben vedere, l'orientamento in parola ritiene che non possano entrare³¹ nell'interpretazione contestuale le trattative né le dichiarazioni delle parti relative ai loro intenti soggettivi. Per quanto concerne quest'ultimo aspetto, nel sancire l'inammissibilità delle dichiarazioni di intenti soggettivi da parte dei contraenti non ci si discosta invero dall'ottica dell'interpretazione oggettiva tradizionalmente propria del common law, e del resto l'esclusione della fase precontrattuale non si contrappone certo alla tradizione.

Quel che il menzionato orientamento tende a propugnare è piuttosto la convinzione che la ricognizione del significato che un documento trasmette ad una persona ragionevole non può essere ricercato nella coincidenza con il significato delle parole delle dichiarazioni, in quanto per comprendere il senso di quest'ultime si deve considerare anche il background in cui le stesse si inseriscono.

Il contesto non è utile, pertanto, al solo fine di scegliere tra più interpretazioni possibili in caso di espressioni ambigue ma può concorrere, altresì, a favorire la comprensione di eventuali errori di lessico o di sintassi commessi dai contraenti e che abbiano alterato il significato espresso dalle parole.

Se, invece, si volesse eliminare a priori l'indagine sul contesto, anche in quei casi in cui il contratto presenti un possibile significato ordinario e naturale, si rischierebbe di attribuire alle espressioni delle parti un significato che essi non avevano affatto inteso al momento della stipula.

³⁰ *Bank of Credit and Commerce International v Ali*, [2004] UKHL 8.

³¹ Esse sono ammesse solo nel giudizio volto alla “*rectification*”. Per quanto concerne l'esclusione delle trattative, oltre che nel caso appena menzionato essa viene meno quando la controversia riguardi un contratto stipulato oralmente e quando uno dei contraenti invochi un *collateral contract* per assegnare alla controparte obblighi aggiuntivi rispetto a quanto previsto nel contratto principale.

In altri termini, l'orientamento in oggetto ritiene inopportuno sacrificare alla certezza degli effetti del contratto – senza dubbio maggiormente assicurata dall'interpretazione letterale – la necessità di garantire il rispetto dell'effettivo comune volere delle parti³².

Dunque, l'interpretazione letterale del contratto non sarebbe altro che una parte del processo ermeneutico, e il riferimento alla persona ragionevole spiega che il criterio di normalità della comprensione delle dichiarazioni presuppone che la persona ragionevole sia in condizioni di conoscere il contesto in cui è destinato ad operare il contratto³³.

Certamente sussiste il rischio che un simile criterio ermeneutico finisca per pregiudicare la certezza e l'affidamento insite nell'interpretazione ordinaria delle parole.

Peraltro, sotto altro punto di vista, conferire rilievo ad alcuni dati extratestuali, in contrasto con la lettera delle espressioni usate dalle parti e a prima vista chiare e dotate di un significato ordinario e naturale, si traduce potenzialmente in un aumento delle prove ammissibili in giudizio nonché dei tempi e dei costi del giudizio stesso, ed in una pretermissione degli interessi dei terzi; questi ultimi, difatti, si trovano ordinariamente all'oscuro del background che circondava la stipulazione del negozio. A tal proposito ci si potrebbe domandare se sia realmente possibile omettere la considerazione dell'affidamento riposto dai terzi sul significato letterale delle espressioni adoperate dai contraenti.

In effetti, valorizzare l'interpretazione contestuale offre un'ottima possibilità di protezione dell'affidamento contrattuale, non più semplice base di un'interpretazione correttiva della dichiarazione viziata da errore, ma strumento necessario di valutazione della correttezza del comportamento complessivo di ciascun contraente e di garanzia delle aspettative della controparte.

Invero, si pone il problema di quale significato dare alla considerazione della matrice fattuale, ovvero se essa possa essere ritenuta: un comodo espediente con cui i contraenti

³² Vedasi anche il caso *Breadner v Granville-Grossman* [2001] *Cb.* 523.

³³ Vedasi *Mannai Investment Co Ltd. v Eagle Star Life Assurance Co Ltd.* [1997] 2 *W.L.R.* 945.

possono proporre interpretazioni del contratto più favorevoli ai loro interessi emersi successivamente alla conclusione del negozio stesso; un ausilio che sia tale da affiancare l'interpretazione letterale³⁴; un modo per dare spazio alla creatività dei giudici, che così sarebbero in grado di fornire giustificazioni logiche a scelte interpretative in realtà guidate da considerazioni di giustizia sostanziale del caso concreto, prive di riscontro nelle espressioni manifestate dai contraenti³⁵, a meno che, dato che il significato del contratto viene identificato con ciò che un contraente ragionevole nelle stesse condizioni delle parti avrebbe inteso, non si ritenga che anche il giudice quando ricostruisce la volontà dei contraenti, debba conoscere quelle circostanze estranee al testo contrattuale ma note ai contraenti ed idonee a incidere sulla comprensione dell'elemento letterale.

Inoltre, ci si può interrogare su quale rilievo ai fini ermeneutici possano rivestire le circostanze successive alla conclusione del contratto.³⁶

I.E) Ermeneutica contrattuale, poteri officiosi del giudice e principio dispositivo

Pare opportuno dedicare qualche riflessione al ruolo da riconoscere al giudice qualora egli si trovi dinanzi ad un contratto da interpretare.

Tra i molteplici spunti al riguardo, ci si può soffermare sulla problematica concernente l'eventuale possibilità, per il giudice, di decidere la controversia con un'interpretazione del contratto prodotto in giudizio che sia difforme da quanto sostenuto dalle parti.

³⁴ Vedasi il caso *Total Gas Marketing v Arco British* [1998] 2 *Lloyd's Rep.* 209.

Vedasi anche i principi Unidroit e la Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili.

³⁵ Del resto, radicare l'ermeneusi del contratto all'affidamento apre la via a prospettive dinamiche e indefinite, come il *fair dealing* e la giustizia sostanziale dello scambio.

³⁶ Si esprime a favore dell'ammissibilità delle circostanze successive ai fini interpretativi la sentenza neozelandese *Gibbons Holdings Ltd. v Wholesale Distributors Ltd.* [2008] 1 NZLR 277.

Si tratta di un interrogativo che può definirsi classico per la dottrina italiana³⁷, ma che suscita ancora oggi molte perplessità; in definitiva, viene in gioco la portata dei limiti posti dal principio dispositivo all'attività ermeneutica del giudice.

Non è certo un caso che tale interrogativo sia tornato prepotentemente alla ribalta nel momento in cui la giurisprudenza della Corte di Giustizia³⁸ ha mostrato di tendere verso un'espansione dei poteri istruttori del giudice.

Le fattispecie rilevanti a questi fini possono essere di diverso tipo, e in appresso si farà cenno a qualcuna tra di esse.

In primo luogo, si ipotizzi il caso in cui il professionista in giudizio invochi contro un consumatore l'adempimento di un contratto. In detta ipotesi, ci si può chiedere se sia possibile per il giudice interpretare la clausola del contratto risultata controversa nella fattispecie in un modo che nessuna parte ha addotto, dichiarandone la vessatorietà.

In secondo luogo, sempre nell'ipotesi che in giudizio professionista e consumatore diano della clausola controversa due significati diversi, ci si deve domandare se il giudice possa stabilire che detta clausola, ambigua, vada intesa in un terzo modo, ancor più favorevole al consumatore di quanto non lo sia il significato addotto dal consumatore stesso, in ottemperanza dell'art. 35, c. 2 cod. cons.³⁹.

³⁷ Almeno a partire da **SCHLESINGER P.**, *Interpretazione del contratto e principio dispositivo*, in *Temì*, 1963, I, 1135 ss., in part. 1135 s. Cfr. anche **DE NOVA G.**, voce *Contratti di impresa*, in *Enc. Dir.*, Annali IV, Milano, 2011, 247 ss., in part. 247 s..

Vedasi anche **CARRESI F.**, *Dell'interpretazione del contratto*, cit., in part. 26 ss.; **LIOTTA G.**, *Interpretazione del contratto e comportamento complessivo delle parti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, I, 1008 ss., in part. 1008 s.; **CAPODANNO M.**, *L'interpretazione del contratto*, Padova, 2006, in part.12 ss.

³⁸ Corte Giust., 9.11.2010, causa C-137/08, *VB Penzugyi Lizing Zrt. C. Ferenc Schneider*.

³⁹ Si deve considerare, infatti, che l'art. 35, comma 2 sebbene incorpori una regola interpretativa funziona sostanzialmente come previsione sull'onere della prova, nel senso che, come l'art. 2697 c.c. funge da regola di riparto sul rischio della prova, così l'art. 35, comma 2 orienta soggettivamente il rischio derivante da un'ambiguità del testo contrattuale.

In altri termini, ci si può chiedere se il giudice possa indicare una “terza via” ermeneutica giustificandola con la necessità, desunta dalla normativa consumeristica, di far prevalere l’interesse del contraente più debole.

Inoltre, c si può domandare se il giudice possa ritenere rilevante, ad esempio al fine di accertare la vessatorietà della clausola in contestazione, un fatto di cui però non è stata data prova. In particolare, si deve riflettere se il giudice abbia ricevuto, tramite l’art. 34, comma 1 cod. cons., uno spazio valutativo tale da consentire al medesimo di disporre l’assunzione di un dato mezzo di prova proprio in quanto utile o necessario ad accertare la verità del fatto. Del resto, se si restringesse il potere del giudice alla pronuncia ex art. 2697 c.c., anche se dagli atti allegati egli abbia conosciuto l’esistenza di circostanze materiali di prova idonee a raggiungere la conoscenza effettiva dei fatti controversi, si potrebbe potenzialmente interferire sulla verità dei fatti stessi.

Soprattutto in quest’ultimo caso, dunque, viene in particolare e problematico rilievo la potenziale collisione del principio dispositivo con il potere giudiziale.

Tant’è che, ad avviso di alcuni, si dovrebbe prendere atto della circostanza che, quanto meno nella materia consumeristica, i poteri istruttori del giudice siano stati resi “comunitariamente prossimi o comunque assai vicini a quelli che si leggono, per il rito del lavoro, nell’art. 421, comma 2° c.p.c.”⁴⁰.

Tale considerazione sta, peraltro, alla base di quella che viene definita la “dottrina dell’intervento positivo”⁴¹, che consente un’ammissione d’ufficio ed in qualunque momento

Vedasi **PAGLIANTINI S**, *L’interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, 3, 291 ss., in part. 293. Vedasi anche **VENOSTA F.**, *Profili del neoformalismo negoziale, con particolare riguardo alle forme telematiche ed al precetto di trasparenza*, in *Dir. priv. comunitario*, a cura di Perlingieri e Ruggeri, Napoli, 2008, I, 499 ss., in part. 499 ss..

⁴⁰ **PAGLIANTINI S**, *L’interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, cit., in part. 295; **MAZZAMUTO S.**, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, in part. 252.

⁴¹ Dottrina scaturente da numerose sentenze comunitarie, tra cui *Oceano Grupo Editorial*, *Cofidis*, *Mostaza Claro*, *Asturcom Telecomunicaciones*.

di tutte le fonti materiali di prova rilevanti per la decisione, nell'ottica di un giudice che, onde assicurare l'effettività della tutela, supplisce alla subalternità di una parte, assunta come più debole, o comunque si rende garante di interessi ovvero di diritti "indisponibili o semindisponibili"⁴².

Del resto, l'art. 143 cod. cons.⁴³ afferma chiaramente che i diritti attribuiti al consumatore sono irrinunciabili, proprio al fine di assicurare un'autodeterminazione negoziale effettiva, garantita dall'art. 41, comma 2 Cost.

Vi è tuttavia chi⁴⁴ ha fatto osservare come una simile enfasi posta su un intervento d'ufficio motivato da un interesse presupposto come oggettivamente preminente rischi di portare all'affermazione dell'esistenza di una speciale tutela processuale, che potrebbe apparire come una sorta di "ultima frontiera [in] espansione...del diritto dei consumi"⁴⁵, dando così un'immagine del potere giudiziale come schiacciato su un "presidio di legalità destinato a travolgere l'impulso di parte"⁴⁶.

Peraltro, non si può dimenticare che il canone normativo dell'interpretazione più favorevole al consumatore, tramite l'uso spesso indistinto fattone dalla dottrina, ha finito spesso per convertire l'art. 35, comma 2 cod. cons. in una "secret weapon al servizio di un "shift of power" da legislatore alle Corti"⁴⁷.

⁴² **PROTO PISANI A.**, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2010, in part. 413; **DI MAJO A.**, *Le tutele contrattuali*, Torino, 2009, in part. 29.

⁴³ Pure nella prospettiva di una disponibilità condizionata successiva, chiosa **PAGLIANTINI S.** *op. ult. cit.*, in part. 295.

⁴⁴ **PAGLIANTINI S.** *op. ult. cit.*, in part. 295.

⁴⁵ **ZENO ZENCOVICH V., PAGLIETTI M.C.**, *Globalizzazione, delocalizzazione, europeizzazione. I riflessi sul processo dei consumatori*, in www.judicium.it, 2011, §§1 e 2; **TROCKER N.**, *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2010, 398 ss, in part. 398.

⁴⁶ **MAZZAMUTO S.**, *Il contratto di diritto europeo*, cit., in part. 254.

⁴⁷ Di *secret weapon* parla Lord Denning nel caso *George Mitchell (Chesterhall) Ltd v. Finney Lock Seeds Ltd*, 1983, con riferimento all'uso in termini correttivi dell'interpretazione contro

Appare opportuno, pertanto, muoversi con cautela in un simile campo e valutare con attenzione la possibilità di rimettere alla discrezionalità giudiziale una funzione avente natura regolativa verso contingenti bisogni sociali; del resto, pari cautela va usata anche con la visione alternativa di un processo radicalmente visto come strumento delle parti, come tale rigidamente contrapposto ad un processo inteso come strumento sociale, e fortemente critica nei confronti di quella normativa enfaticamente, in tema di rapporto di consumo, presunzioni di vessatorietà per la clausole contemplanti, in deroga alla legge, una ripartizione pattizia dell'onere della prova oppure un'utilizzabilità limitata, se non un'esclusione, di certi mezzi di prova (art. 33, c. 2 lett. t cod. cons.).

La Corte di Giustizia, peraltro, in una recente sentenza⁴⁸ ha mostrato di ritenere che il diritto comunitario non obblighi il giudice nazionale a rilevare officiosamente l'infrangimento di una direttiva consumeristica nel caso in cui ciò possa comportare un travalicamento dei limiti della lite così come le parti li hanno definiti, oltretutto basato su fatti e circostanze diversi da quelli posti a fondamento delle domande. Tuttavia, viene affermata, quale eccezione a detto principio, l'ipotesi in cui il pubblico interesse ciò esige; con tutta evidenza, una simile formula rimanda proprio alle norme di ordine pubblico come cornice per lo svolgimento di un agire officioso del giudice a correzione delle disuguaglianze presenti tra le parti.

Pertanto, appare lecito mettere in discussione la tenuta del tradizionale assunto per cui l'accertamento giudiziale della verità dei fatti sarebbe il risultato dell'apporto informativo proveniente dalle contrapposte parti, per abbracciare la diversa visione di un giudice che

l'autore della clausola. Vedasi **VIGLIONE F.**, *Metodi e modelli di interpretazione del contratto*, cit., in part. 181 ss.

Di *shift of power* parla **GRUNDMANN S.**, *The general Clause or Standard in EC Contract Law Directives*, in Grundmann-Mazeaud (a cura di), *The general clauses and Standards in European Contract Law*, Kluwer, 2005, 154 ss., in part. 154.

⁴⁸ Corte Giust 17 dicembre 2009, causa C-227/08, *Martin Martin*, §§18-20.

interviene, concorrendo a definire “l’ordine rimediabile”⁴⁹ più confacente alla natura degli interessi coinvolti⁵⁰.

Una riflessione che abbia come base l’evoluzione della giurisprudenza comunitaria in merito deve partire dalla sentenza Pannon GSM Zrt c. Sustikné Gyorf⁵¹, e in particolare dall’affermazione in essa contenuta che il giudice ha l’obbligo di rilevare d’ufficio la vessatorietà di una clausola ma a partire “dal momento in cui dispone degli elementi di fatto e di diritto necessari a tal fine”.

Rimane però da capire, visto che detta formula nulla dice, se questi elementi vadano intesi come condizione preliminare della rilevabilità officiosa ovvero se ne costituiscano l’oggetto; in quest’ultimo caso resterebbero legittimati autonomi poteri officiosi di iniziativa istruttoria ad integrazione delle prove non dedotte dalle parti, ove il giudice non disponga di elementi sufficienti per vagliare la potenziale vessatorietà di una clausola.

⁴⁹ L’espressione è di **DI MAJO A.**, *Le tutele contrattuali*, cit., in part. 229.

⁵⁰ Infatti, se da un lato il rilievo tardivo di una questione da parte del giudice riapre i poteri consequenziali di allegazione e prova delle parti, dall’altro lato quando il giudice nel rispetto dell’art 101, comma 2 mostra di volersi pronunciare per una vessatorietà indotta da un fatto ricavabile dagli atti di causa o già dibattuto (seppur non esaustivamente) amplia il materiale impiegato ai fini della decisione. Pensiamo al caso in cui il consumatore contesti la validità della clausola ma per una causa diversa da quella che il giudice ritiene ricorra. Se si ragiona sulla base del principio di autodeterminatezza della domanda, si deve ammettere che il giudice cui sia stata fatta istanza di nullità può accertare l’esistenza di tutte le possibili cause di nullità e non solo di quella denunciata dall’attore giacché se la domanda di nullità implica l’accertamento negativo della non validità della clausola evidentemente questa non potrà mutare in relazione alle singole cause che l’attore possa dedurre (**CONSOLO C.**, *Poteri processuali e contratto invalido*, *Eur dir priv*, 2010, 941 ss., in part. 941 ss.)

Vi è, dunque, uno stretto legame tra i poteri istruttori del giudice – connessi a fatti che potenzialmente appartengono al processo – ed il suo decidere in modo divergente dalle deduzioni delle parti.

⁵¹ Corte Giust., 4 giugno 2009, causa C-243/08, in part. § 3.

Se si partisse dal presupposto per cui il giudice debba essere strettamente vincolato al principio dispositivo in tema di prova ex art 115 c.p.c., e dunque a decidere solo sulla scorta delle prove dedotte dalle parti, e si osservasse al contempo che la legislazione consumeristica pare non prevedere casi espressi contemplanti poteri istruttori officiosi, se ne potrebbe ricavare che non c'è motivo di ipotizzare un'eccezione non espressamente prevista dalla normativa.

Tuttavia, la conclusione muta se si legge l'art 115 c.p.c. come una disposizione che vieta sì al giudice di ricorrere alla propria scienza privata ma che invece è ben lungi dallo statuire anche un dovere dello stesso di decidere esclusivamente sulla scorta di quanto provato dalle parti; in altre parole, se lo si legge quale disposizione non preclusiva, per il giudice, della possibilità di utilizzare altre prove⁵².

Come sopra accennato, ci si è chiesti se la dilatazione delle misure istruttorie officiose possa fungere da sostegno processuale per un'interpretazione contrattuale finalizzata al conseguimento di una tutela preferenziale per il consumatore.

Si può prendere in considerazione, a questo proposito, la sentenza *Penzugy Lizing Zrt*⁵³ ove si connota come obbligatoria in ragione del diritto europeo l'adozione officiosa di misure istruttorie⁵⁴; peraltro, è stato significativamente notato come i poteri del giudice sembrano espandersi ad ogni nuova pronuncia della Corte di Giustizia.

⁵² Il che, peraltro, non compromette automaticamente il diritto alla prova delle parti né mina la terzietà del giudice, poiché anzi il giudice è tanto più imparziale quanto meno si lascia limitare nella sua attività da elementi estranei all'accertamento della verità dei fatti.

⁵³ Corte Giust., 9 novembre 2010, causa C-137/08.

⁵⁴ Si tratta, però, nella fattispecie, di un obbligo spurio o perlomeno foriero di equivoci, proprio perché ha ad oggetto una clausola attributiva di competenza territoriale esclusiva ad un giudice diverso da quello di residenza o domicilio del consumatore. Nel nostro ordinamento sussiste a riguardo la presunzione di vessatorietà di cui all'art. 33, comma 2 lett. u (e dunque il giudice al fine di dichiarare la propria incompetenza non dovrebbe disporre un'autonoma istruttoria, potendo decidere la questione già sulla base di ciò che

Invero, anche ove si ritenesse opportuna la figura di un giudice teso alla tutela del consumatore, per il tramite di un diritto processuale dei consumatori visto come regime speciale, si dovrebbe comunque temperare la medesima con il canone di ragionevolezza della tutela consumeristica, quale limite invalicabile posto alla disapplicazione delle norme nazionali risultanti in conflitto con il diritto comunitario.

Del resto, è lo stesso art. 35 cod. cons. che mira ad improntare a ragionevolezza l'apparato rimediabile che offre, ovvero ad un giusto equilibrio tra gli interessi del consumatore e del professionista⁵⁵; d'altronde, il consumatore potrebbe aver interesse, giudicandola nel caso di specie utile o conveniente, alla conservazione, nel senso meno sfavorevole, della clausola ambigua; in questa eventualità, laddove si manifestasse da parte del giudice una propensione indistinta verso il significato più ostile, come in una parte della dottrina tedesca, si finirebbe per applicare un modello di tutela coattiva, il quale tra l'altro sembra

risulta dagli atti ovvero mediante l'assunzione di sommarie informazioni) e lett. t (LUISO, Diritto processuale civile, 118).

Tuttavia, il giudice italiano potrebbe trovarsi a decidere su fattispecie ove, anziché clausole attributive di competenza o di deroga alla giurisdizione ordinaria, vengano in rilievo pattuizioni relative a obblighi contrattuali di carattere sostanziale. Il sindacato giudiziale cui l'art. 34, comma 1 cod. cons. dà corpo implica una serie di valutazioni sostanziali, concrete ed attente del singolo caso. Se poi consideriamo che i criteri legali di accertamento della significatività di uno squilibrio vanno calati nelle concrete circostanze in cui quel contratto specifico si colloca, risulta agevole comprendere come il tramite di un convincimento del giudice che sia stato occasionato da non contestazioni o ammissioni delle parti diventi decisivo per far entrare nel processo quei fatti che sovvertono o mutano rispetto all'abituale la configurazione del contesto tipico di ogni rapporto di consumo. Del resto è in questa direzione che spinge il nuovo comma 2 dell'art. 101 c.p.c.

Per il rilievo che l'art. 6 n. 1 dir. 93/13, quanto alla non vincolatività delle clausole vessatorie, è norma imperativa di ordine pubblico, con la conseguenza che il giudice ha il dovere di acquisire la prova funzionale al compiersi di questo accertamento, vedasi le Conclusioni di Trstenjak nella causa C-618/10 *Banco Espanol de Credito c. Calderon Camino*, 33.

⁵⁵ Conclusioni *Weber GmbH e Putz*.

ormai disatteso dalla giurisprudenza comunitaria, portata a temperare la rilevabilità officiosa con il diritto di interpello al consumatore⁵⁶, e dalla Cassazione, la quale ha parlato di una nullità di protezione che in nessun caso può ritorcersi a scapito del consumatore⁵⁷, ossia una nullità convalidabile endoprocessualmente⁵⁸.

Ci si può chiedere, peraltro, se il modello che propugna l'interpretazione più ostile possa eventualmente costituire una modalità di aggiramento dei limiti posti dall'art 115 c.p.c.⁵⁹.

⁵⁶ Vedasi, ad esempio, C. Giust., n. 227/08

⁵⁷ Vedasi Cass. 8.02.12, n. 1875.

⁵⁸ Del resto non si vede perché, in caso di penale manifestamente eccessiva, il consumatore, anziché verso una declaratoria di vessatorietà, non si dovrebbe orientare verso una riduzione giudiziale, se la risarcibilità del danno ulteriore non è stata convenuta, dato che così può evitare di dover risarcire l'intero danno causato al professionista. Pagliantini, 316. Cfr causa pendente *Asbeek* c-488/11.

⁵⁹ Ciò, peraltro, sembra leggersi in una sentenza della Cassazione, dove, invece di propendere per un'interpretazione restrittiva del concetto di infermità mentale quale condizione di non assi curabilità, si è preferito concludere per un'espunzione della clausola dal contratto rimarcandone la contrarietà a buona fede e il contrasto con la causa concreta (Cass., 23 maggio 2011, n. 11295)

CAPITOLO II
RAPPORTI TRA I CANONI ERMENEUTICI CODICISTICI E LE
DISCIPLINE SPECIALI

II.A) Rapporti tra canoni ermeneutici codicistici e canoni contenuti nel Codice del Consumo

In dottrina si è focalizzata l'attenzione sui rapporti tra i canoni codicistici generali ed i criteri interpretativi di cui al Codice del Consumo.

Difatti, per quest'ultima tipologia di contratti si applicano i principi generali e la normativa codicistica per quanto non diversamente disposto dal codice del consumo (artt. 38 cod. cons. e 1469 bis c.c.).

A questo proposito, l'esito ricostruttivo maggioritario rinviene una prevalenza della normativa consumeristica rispetto ai criteri generali di interpretazione oggettiva.

Da parte di alcuni si è poi osservato come, per effetto delle menzionate disposizioni, l'intero sistema delle norme relative all'interpretazione sia mutato, cosicchè, per i contratti del consumatore, le regole di interpretazione oggettiva prevarranno sui criteri soggettivi⁶⁰.

Muovendo dall'analisi degli artt. 34 e 35 cod. cons. si tratta, in definitiva, di verificare se il sistema tradizionale costituito dalle disposizioni sull'ermeneutica inserite nel codice civile si presti ad essere applicato al contratto stipulato con il consumatore, e in caso positivo con quali limiti e con quali modalità.

⁶⁰ Così, **COSTANZA M.**, *Note introduttive. Coordinamento tra vecchia e nuova disciplina*, in Bianca C.M., Busnelli F.D. (a cura di), *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore (artt. 1469-bis – 1469.sexies)*, in *Nuove leggi civ.*, 1997, 4-5, 792 ss., in part. 792 ss..

Tra le varie letture del problema se ne possono passare in rassegna alcune, suddividendole anzitutto in grandi insiemi.

Nel primo di tali gruppi di teorie si potrebbero far confluire quelle tesi secondo le quali anche il contratto tra consumatore e professionista (in tutto o in parte non negoziato) andrebbe interpretato secondo tutti i criteri ermeneutici di cui agli artt. 1362 ss c.c.; ne consegue che si dovrebbe procedere prima all'interpretazione c.d. soggettiva (tesa a ricostruire la comune intenzione delle parti) e dopo – nel caso in cui permanga una polisemia – all'interpretazione c.d. oggettiva.

Da tale tronco comune si dipartono tuttavia opinioni divergenti sotto diversi profili.

Difatti, per alcuni Autori⁶¹, l'art. 35 cod. cons., lungi dall'assorbire tutte le tecniche ermeneutiche, prenderebbe invece il posto dell'art. 1370 c.c. situandosi, da un punto di vista cronologico, dopo i canoni di cui agli artt. 1362-1369 c.c. e prima dell'eventuale applicazione dell'art. 1371 c.c.

Secondo altri⁶², l'art. 35 cod. cons. sarebbe una norma di interpretazione speciale avente carattere sussidiario rispetto alla norma generale di interpretazione oggettiva dell'art. 1370 c.c., al pari delle norme contenute negli artt. 1925 e 1932 c.c. sul contratto di assicurazione. L'art. 35 cod. cons. avrebbe la funzione di far prevalere, da un punto di vista cronologico, il principio di cui all'art. 1370 c.c. sugli altri canoni di interpretazione oggettiva; dunque, dopo aver applicato il metodo della comune intenzione si dovrebbe dare spazio al criterio dell'interpretazione più favorevole al consumatore e solo se quest'ultimo non dovesse portare ad un significato univoco si potrebbero applicare le altre regole di interpretazione oggettiva.

In particolare, vi è anche una parte della dottrina che sostiene come l'art. 35 cod. cons. assuma il significato di chiarire l'operatività del principio dell'interpretazione contro l'autore

⁶¹ **IRTI N.**, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, cit., in part. 1154, nt. 20.

⁶² **MARTUCCELLI S.**, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, Milano, 2004, in part. 58; **ZICCARDI F.**, *Le norme interpretative speciali*, Milano, 1972, in part. 195-215.

della clausola, di cui all'art. 1370 c.c., anche per i contratti individuali e di far prevalere il criterio in questione sugli altri criteri di interpretazione oggettiva del contratto⁶³. Viene evidenziato a tal riguardo che la scelta del significato più favorevole al consumatore deve avvenire successivamente alla valutazione della vessatorietà della clausola in quanto è una scelta tra possibili significati tutti suscettibili di assumere efficacia⁶⁴.

Il criterio della interpretatio contra stipulatorem non rende inapplicabili al contratto non negoziato stipulato tra professionista e consumatore i criteri soggettivi – come si evince dall'incipit “in caso di dubbio” – bensì esclude il ricorso agli altri criteri oggettivi che presuppongono il dubbio (artt. 1367 e 1369 c.c.) e l'ambiguità (art. 1368 c.c.), mentre si applicheranno ancora le regole finali dell'art. 1371 c.c., le quali non presuppongono il dubbio ma l'oscurità, che non può esser vinta da tutti i criteri ermeneutici ma solo da un criterio legale (“in oscuri non fit interpretatio”). In altre parole, l'art 35 cod. cons. non introdurrebbe un nuovo criterio ermeneutico o una disciplina speciale sull'interpretazione del contratto con il consumatore in sé conclusa ma, da un lato, renderebbe applicabile al contratto con il consumatore una sola disposizione sull'interpretazione oggettiva, contenente il canone dell'interpretatio contra stipulatorem, dall'altro lato altresì amplierebbe il campo applicativo oggettivo di quest'ultimo principio.

Un altro orientamento⁶⁵ ritiene, invece, che l'art. 35 cod. cons. sostituisca tutte le altre norme codicistiche di interpretazione oggettiva, rendendole inapplicabili; l'interpretazione dei contratti non negoziati stipulati tra professionista e consumatore sarebbe disciplinata,

⁶³ **CIAN G.**, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, cit.

⁶⁴ **BARENGHI A.**, *sub art. 1469-bis*, in Barenghi A. (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996, in part. 48; **BIGLIAZZI GERI L.**, *L'interpretazione del contratto*, cit., in part. 19.

⁶⁵ **SCOGNAMIGLIO C.**, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *riv. dir. comm.*, 1997, I, 947 ss., in part. 947 s.; **SCOGNAMIGLIO C.**, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, in part. 918.

quindi, dagli artt. 1362, 1363, 1364, 1365, 1366 c.c., con l'aggiunta, quale unica regola di interpretazione oggettiva, dell'art. 35, comma 2 cod. cons.

Potrebbero essere raggruppate in un secondo insieme quelle teorie che escludono – a seconda dei casi, in tutto o in parte – l'applicabilità, al contratto non negoziato stipulato tra professionista e consumatore, dei criteri ermeneutici di interpretazione soggettiva⁶⁶.

All'interno di tale orientamento alcuno⁶⁷ distingue il contratto costituito, in tutto o in parte, da condizioni generali e il contratto il cui contenuto è stato predisposto da una delle parti per il singolo caso. Nella prima ipotesi non sarebbe rinvenibile una comune intenzione delle parti – non essendo il contenuto del contratto frutto di una libera determinazione dell'aderente – e, pertanto, si dovrebbe dare a tale tipo di contratto non negoziato stipulato tra professionista e consumatore il significato che esso assume in base a parametri oggettivi di valutazione delle espressioni o dei congegni posti in essere dalle parti.

Nell'ipotesi del contratto non negoziato, ma predisposto da una delle parti per il singolo caso concreto, invece, troverebbero applicazione le regole di interpretazione soggettiva (soprattutto quando tutto il contratto o la singola clausola da interpretare siano stati oggetto di una trattativa specifica), e troverebbe comunque applicazione l'art. 35 cod. cons. – in forza del principio di specialità – quale unico criterio di interpretazione oggettiva.

Questa distinzione è, tuttavia, assente in altra dottrina⁶⁸, la quale esclude, per tutti i contratti non negoziati tra professionista e consumatore, l'applicabilità dei criteri ermeneutici soggettivi, in ragione della mancanza di una comune determinazione programmatica;

⁶⁶ Ad esempio, **STELLA RICHTER G.**, *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1997, 4, 1027 ss., in part. 1027 ss.; **DI AMATO A.**, *L'interpretazione del contratto di impresa*, cit, in part. 183; **AZZARO A.M.**, *I contratti "non negoziati"*, Napoli, 2000; **PENNASILICO M.**, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, in *Il diritto dei consumi*, I, a cura di Perlingieri P. e Caterini E., Napoli, 2004, 145 ss., in part. 145; **GENOVESE A.**, *Contratto standard e interpretazione oggettiva*, Milano, 2004.

⁶⁷ **STELLA RICHTER G.**, *op. cit.*, in part. 1027.

⁶⁸ **AZZARO A.M.**, *I contratti "non negoziati"*, cit., in part. 264 s.

pertanto, l'interpretazione dovrebbe riguardare esclusivamente il tenore letterale del testo predisposto e l'eventuale polisemia andrebbe sciolta secondo il principio dell'*interpretatio contra proferentem* quale unico criterio di interpretazione oggettiva applicabile.

In ambo le riferite tesi, aderenti al medesimo gruppo, l'introduzione dell'art. 35 cod. cons. avrebbe immesso nel sistema una disciplina speciale sull'interpretazione del contratto con i consumatori, così creando un sistema interpretativo a doppio binario in cui gli artt. 1362 ss. c.c. sarebbero la base dell'interpretazione dei contratti tra soggetti di pari forza contrattuale mentre l'art. 35 cod. cons. sarebbe il riferimento per l'interpretazione dei contratti tra professionista e consumatore.

Una terza ricostruzione⁶⁹ mira piuttosto a recuperare una prospettiva di tutela della persona dinanzi all'oggettivizzazione dello scambio od alla personalizzazione dell'accordo. Essa, pur valorizzando i criteri oggettivi, attribuisce una posizione centrale al canone della buona fede, attraverso il quale valori e principi generali dell'ordinamento potrebbero entrare nella trama dell'accordo e svolgere un controllo sostanziale sul contratto e sulla meritevolezza in concreto del potere normativo dell'imprenditore⁷⁰.

Secondo una quarta dottrina⁷¹, che accorda un ruolo centrale al criterio letterale ed al contesto verbale, sarebbero inapplicabili, tra i criteri soggettivi codicistici, solo il canone della comune intenzione delle parti nonché quello dell'interpretazione secondo buona fede ex art. 1366 c.c., restando invece applicabili gli artt. 1363, 1364 e 1365 c.c. Solo se l'esame letterale delle parole analizzate nella loro totalità non si mostrerà in grado di sciogliere la

⁶⁹ **DI AMATO A.**, *L'interpretazione del contratto di impresa*, cit., 158 ss.; e **PENNASILICO M.**, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, cit., in part. 166.

⁷⁰ Detta teoria tende a far prevalere, nel dubbio, l'interpretazione idonea a conservare il contratto, in ragione della necessità di un contemperamento del canone della *interpretatio contra proferentem* con il principio della conservazione.

⁷¹ **GENOVESE A.**, *Contratto standard e interpretazione oggettiva*, cit., in part. 26 ss.

polisemia, l'interprete potrà applicare, quale unico criterio oggettivo, l'interpretatio contra proferentem.

Peraltro, il consumatore potrebbe, ad avviso di chi segue detto orientamento, far valere la sua eventuale preferenza per l'eliminazione della clausola non trasparente ed il risarcimento del danno rispetto alla sua conservazione tramite l'applicazione del criterio interpretativo di favore, e ciò considerato lo stretto legame tra i primi due commi dell'art. 35 cod. cons. Dunque, sarebbe lasciato alla scelta del consumatore chiedere che la clausola non trasparente sia espunta dal contratto oppure, rinunciando alla relativa nullità, chiedere che essa sia interpretata nel senso ad esso maggiormente favorevole.

Una terza possibile strada, alternativa ai due insiemi di teorie appena accennati, prende le mosse dall'enfatizzazione dell'art. 34, comma 1 cod. cons., norma che tra l'altro consentirebbe, ampliando l'oggetto di indagine dell'interprete, di adeguare i criteri soggettivi delineati dagli artt. 1362-1366 c.c. alle peculiarità del contratto non negoziato stipulato tra professionista e consumatore.

L'art. 34, comma 1 cod. cons., che secondo la teoria in parola deve considerarsi cronologicamente anteriore all'art. 35, comma 2 cod. cons.⁷², farebbe applicazione del canone della totalità. In particolare, onde accertare la vessatorietà della clausola, si dovrebbe far riferimento non solo alle altre clausole del contratto (sulla base dell'art. 1363 c.c.) ma anche alle clausole di un altro contratto collegato o dipendente nonché alle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto.

Ovviamente si parte dal presupposto che, sebbene il termine "interpretazione" sia contenuto nella rubrica dell'art. 35 cod. cons., in realtà è nell'art. 34 cod. cons. che sono contenuti i criteri ermeneutici preordinati all'accertamento della vessatorietà.

⁷² **SIRGIOVANNI B.**, *Interpretazione del contratto non negoziato con il consumatore*, in *Rass.dir.civ.*, 2006, 3, 718 ss., in part. 734ss.

Se è pur vero che gli artt. 34 e 35 cod. cons. sono dettati ai fini dell'accertamento della vessatorietà di una clausola e, quindi, dell'efficacia di un contratto – che costituisce una delle funzioni dell'interpretazione – è vero anche che gli stessi criteri possono essere utilizzati, altresì, per le altre funzioni svolte dall'interpretazione, ossia la determinazione del contenuto del contratto ed il controllo di liceità dello stesso.

Si potrebbe obiettare che, per accertare la vessatorietà di una clausola, occorre prima interpretarla, e dunque l'art. 34, comma 1 cod. cons. non inciderebbe sul sistema dell'interpretazione del contratto ma si porrebbe in un momento cronologicamente e logicamente successivo rispetto all'attività ermeneutica; pertanto, continuerebbero ad applicarsi al contratto non negoziato gli artt. 1362 c.c. ss. per determinare il significato delle clausole e, una volta finita l'operazione interpretativa, si ricorrerebbe all'art. 34, comma 1 cod. cons. per accertare la vessatorietà.

Tuttavia, si potrebbe replicare che l'interpretazione della clausola e l'accertamento della sua vessatorietà costituiscono due attività che si svolgono contemporaneamente, essendo espressioni del medesimo procedimento conoscitivo e non momenti ontologicamente diversi ed aventi oggetti differenti.

Essendo la vessatorietà uno dei possibili significati attribuibili alla clausola medesima, si può ritenere che il legislatore, onde accertare la vessatorietà di una clausola, abbia indicato i criteri ermeneutici da adoperare per interpretarla e quindi per qualificarla come vessatoria; in questa prospettiva, l'art. 34, comma 1 cod. cons. incide sull'interpretazione del contratto non negoziato e, del resto, indici normativi a supporto dello stretto collegamento tra interpretazione e qualificazione possono essere rinvenuti negli artt. 1369, 1371 e 1364 c.c..

L'art. 34, comma 1 cod. cons. individua un materiale ermeneutico più ampio di quello di cui agli artt. 1362 e 1363 c.c., i quali non fanno riferimento alle clausole contenute in

contratti collegati⁷³ o da cui dipende⁷⁴ quello in esame nè alle circostanze⁷⁵ esistenti al momento della conclusione, e ciò nonostante l'art. 1363 c.c. preveda l'interpretazione complessiva delle clausole.

Grazie a tale più ampio materiale ermeneutico, che estende l'oggetto dell'indagine, l'art. 34 cod. cons. potrebbe consentire un adeguamento dei criteri soggettivi codicistici di cui agli artt. da 1362 a 1366 c.c. alle peculiarità del contratto non negoziato tra professionista e consumatore.

L'articolo in parola, infatti, non ha introdotto un diverso criterio ermeneutico ma ha, invece, ampliato il contesto verbale a clausole contenute in contratti diversi da quello sottoposto ad interpretazione, seppur collegati o da cui esso è dipendente, e d'altro lato ha introdotto un differente elemento, rappresentato dalle circostanze esistenti al momento

⁷³ L'art. 34 (previgente art. 1469 ter c.c.) è il primo riconoscimento normativo della nozione di collegamento (**MONTICELLI S.**, *art. 1469 ter, in Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di Cesaro E, Padova, 1996, 526 ss., in part. 526; **SIRGIOVANNI B.**, *Interpretazione del contratto non negoziato*, cit., in part. 737 ss. Pur nella consapevolezza che non pare esistere una nozione univoca di collegamento, solitamente con esso termine si fa riferimento, per quanto concerne l'art. 34, comma 1, :al collegamento bilaterale volontario funzionale; fattispecie individuabile a partire dal criterio ermeneutico volto a comprendere l'intenzione dei contraenti di realizzare un unitario regolamento di interessi perseguito da tutti i partecipanti alla complessiva operazione economica; prospettiva unitaria atta a risolvere qualsiasi problema interpretativo.

⁷⁴ La nozione di "contratto dipendente" cui fa riferimento l'art. 34 non si trova né nella normativa né in dottrina. Potrebbe intendersi per "contratto dipendente dal contratto non negoziato" qualsiasi contratto cui quest'ultimo sia legato unilateralmente (ad esempio, il contratto stipulato dal professionista con il fornitore o le intese anticoncorrenziali, **SIRGIOVANNI B.**, *Interpretazione del contratto non negoziato*, cit., in part. 740).

⁷⁵ Ci si è interrogati sul significato del termine "circostanza", partendo dall'etimologia latina *circumstantia*, letteralmente "luogo vicino", per poi osservare che, nel linguaggio comune, esso indica da una parte la condizione particolare che accompagna un fatto e ne determina la natura e l'importanza (significato oggettivo) e dall'altra lo stato particolare in cui si trova una persona in un determinato momento (significato soggettivo).

della conclusione del contratto, da cui si deve evincere la comune intenzione delle parti nei contratti non negoziati stipulati tra professionista e consumatore; detto elemento tiene luogo delle trattative (cioè i comportamenti anteriori) nonché i comportamenti posteriori.

In questo senso si potrebbe sostenere che in relazione ai contratti del consumatore il testo perda centralità, divenendo un tassello da inserire in un contesto che lo travalica, investendo i fattori esterni che lo circondano, e dovendo essere esaminato quale frammento di un'attività di impresa e non come un negozio isolato.

In virtù dell'art. 34 cod. cons., si permette dunque all'interprete di volgersi verso una prospettiva improntata alla totalità e di scendere negli affari o nelle operazioni che rimangono celati dietro le clausole. Peraltro, ove si concludesse per la vessatorietà di una clausola, essa non sarebbe utilizzabile nell'interpretazione basata sull'art. 1363 c.c., poiché essa viene espunta dal testo contrattuale (cd. contesto verbale) per confluire nei comportamenti (cd. contesto situazionale).

Nell'art. 34 cod. cons., pertanto, il termine "circostanze" rimanda sia al tempo e al luogo di stipulazione del contratto sia allo stato soggettivo dei contraenti al momento della stipulazione medesima.

Si ipotizza, dunque, che possano rientrare nella nozione di "circostanze": la forza contrattuale delle parti ossia la loro condizione economica; la presenza di sollecitazioni commerciali; la richiesta di beni o servizi su ordinazione dell'acquirente; l'opportunità di concludere il contratto alle stesse condizioni con altri senza dover accettare una data clausola; la ragionevole conoscenza da parte dell'acquirente dell'esistenza della clausola, tenuto conto degli usi di commercio e/o dei precedenti rapporti tra le parti; i comportamenti tenuti da terzi; le condizioni di mercato.

Il termine "circostanze" usato nell'art. 34 non è sovrapponibile all'espressione "comportamenti precedenti, contemporanei e successivi" di cui all'art. 1362, comma 2 c.c. Infatti, nelle circostanze sono certamente inclusi i comportamenti delle parti ma questi

ultimi non le esauriscono. In altre parole, i comportamenti sono delle circostanze ma non tutte le circostanze sono comportamenti delle parti.

E' pur vero che l'art. 1362 c.c. prevede che la comune intenzione delle parti si tragga da elementi esterni all'accordo, che rappresentano la situazione esterna al testo contrattuale (cd. contesto situazionale) ma questo materiale è definito soggettivamente dalla qualità degli autori cioè le parti del contratto. Dunque, nell'interpretazione del contratto in generale possono esser valutati dall'interprete i soli comportamenti delle parti e non ciò che è estraneo a queste ultime. Invece, l'art. 34 cod. cons. introduce, tra gli indici da prendere in considerazione, anche elementi estranei alle parti del contratto oggetto di interpretazione.

L'art. 34 cod. cons., peraltro, fa riferimento non semplicemente alle circostanze ma più precisamente alle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto. Se, da un lato, tutti i comportamenti sono circostanze, alla nozione di circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto non sono riconducibili tutti i comportamenti, restando esclusi i comportamenti anteriori e posteriori alla conclusione del contratto. In altri termini, non tutti i comportamenti sono circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto e non tutte le circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto sono comportamenti.

Prevedendo le circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto, il contesto situazionale assume, nell'interpretazione del contratto non negoziato, una configurazione diversa rispetto a quanto statuito dall'art. 1362, comma 2 c.c. Infatti, il materiale ermeneutico di cui avvalersi non è né costituito dai comportamenti anteriori e posteriori alla conclusione del contratto, né esclusivamente da elementi (comportamenti) circoscritti alle parti del contratto, ma si estende ad elementi non riferibili alle parti, non solo esterni all'accordo bensì anche estranei alle parti (cioè le circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto).

Quindi, le circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto ed i comportamenti contestuali alla conclusione del contratto ma non esauriti in essi (cd. contesto situazionale) contribuiscono a ricostruire la comune intenzione delle parti, in altri termini il fine pratico comune.

Neppure nei contratti non negoziati stipulati tra consumatore e professionista, difatti, lo si ripete, si prescinde dalla dimensione concreta dello specifico rapporto contrattuale. Ma in detti contratti tale concretezza, che non può inferirsi dai comportamenti anteriori delle parti data l'assenza di trattative o dai comportamenti posteriori, viene tratta dalle circostanze, oggettive e soggettive, esistenti al momento della conclusione del contratto.

Avere previsto la considerazione delle circostanze consente proprio di adeguare le disposizioni sull'interpretazione soggettiva ai contratti non negoziati stipulati tra consumatore e professionista. Peraltro, la previsione delle circostanze come parte del materiale ermeneutico da cui trarre, nei contratti non negoziati tra professionista e consumatore, la comune intenzione delle parti, pare discendere dalla considerazione che la verifica dello squilibrio dei diritti e degli obblighi, presupposto assieme alla mancanza di trattative del giudizio di vessatorietà, implica una valutazione globale del complessivo assetto di interessi; del resto sembra confermato dall'art. 34 cod. cons. che l'interpretazione conferisce un significato all'economia dell'affare come stabilito dai contraenti. Infatti, una clausola che, isolatamente presa, potrebbe esser fonte di squilibrio tra le parti, potrebbe risultare invece giustificata alla luce di altre clausole del contratto oggetto di interpretazione o collegato o da cui esso è dipendente (cd. contesto verbale) ma anche alla luce delle circostanze esistenti al momento della conclusione del negozio stesso (cd. contesto situazionale), che potrebbero riportare ad equità la situazione complessiva.

Così, se la considerazione isolata di una clausola potrebbe condurre ad escluderne la vessatorietà, un'analisi estesa al contesto verbale e situazionale potrebbe risolversi nell'accertamento della vessatorietà.

CAPITOLO III

INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO CON IL CONSUMATORE

III.A) Ermeneusi del contratto tra professionista e consumatore. L'art. 35 cod. cons.

L'articolo 35 del Codice del Consumo, rubricato significativamente "Forma e interpretazione", si compone di tre commi, dei quali, in estrema sintesi, il primo enuncia un imperativo di chiarezza e comprensibilità da osservarsi nella redazione di clausole proposte per iscritto al consumatore, il secondo stabilisce il canone ermeneutico che in caso di dubbio fa prevalere l'interpretazione più favorevole al consumatore, il terzo esclude il canone ermeneutico appena menzionato nell'ipotesi di azione inibitoria ex art. 37 del medesimo testo.

La norma appare, invero, essere una precisa attuazione⁷⁶ della direttiva 93/13/CEE.

III.B) L'art. 35, comma 1 cod. cons.

III.B).1 "Chiarezza" e "comprensibilità"

Il primo comma dell'art. 35 cod. cons. pone a carico del professionista una prescrizione di chiarezza e comprensibilità delle clausole del contratto, frequentemente compendiata nel cd. obbligo di trasparenza, che dovrebbe esser tale da consentire al consumatore di prestare

⁷⁶ L'art. 5 della menzionata direttiva dispone che *"nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono essere sempre redatte in modo chiaro e comprensibile. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore. Questa regola di interpretazione non è applicabile nell'ambito delle procedure previste all'articolo 7, § 2"*.

un'adesione consapevole e informata, e da evitare così che il soggetto forte del negozio, mediante formule vaghe o tecniche, possa falsare le conseguenze derivanti dalla stipulazione⁷⁷.

Peraltro, opportunamente il criterio della trasparenza è richiamato anche dall'art. 2, comma 2 cod. cons. e collocato, dunque, tra i diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti.

Dalla lettera della norma da ultimo menzionata si percepisce subito che intercorrono delle differenze tra obbligo di informazione e obbligo di trasparenza, le quali si manifestano anzitutto nell'osservazione che l'obbligo di trasparenza sussiste nella sola area del contratto unilateralmente predisposto e delle condizioni di contratto, grava sul predisponente a tutela della controparte e ha ad oggetto elementi del contratto, mentre invece gli obblighi informativi prescindono dalle modalità di conclusione del negozio, hanno carattere reciproco e riguardano circostanze esterne al contratto stesso⁷⁸.

Il menzionato obbligo di trasparenza, sulla base dell'art. 35, comma 1 cod. cons., sembra poter essere tradotto nell'obbligo gravante sul professionista di predisporre la clausola in modo che essa sia leggibile tipograficamente, che ne sia comprensibile il significato senza necessità di sforzi particolari, competenze specifiche, aiuti esterni qualificati, e, dunque, in altri termini, che abbia un significato inequivocabile, non ingannevole ed esauriente.

Tuttavia, la definizione dei concetti di chiarezza e comprensibilità è un'operazione tutt'altro che semplice e definitiva, ed infatti ha dato origine ad accesi dibattiti.

A titolo di esempio, si può ricordare che vi è chi esclude che l'art. 35 cod. cons. possa configurare un obbligo di non utilizzare termini tecnici e giuridici, data la rilevanza proprio

⁷⁷ **SIRGIOVANNI B.**, *Interpretazione del contratto non negoziato*, cit., in part. 757.

⁷⁸ **BENUCCI S.**, *sub art. 2*, in Vettori G. (a cura di), *Commentario Codice del Consumo* Padova, 2007, 32 ss., in part. 32 s.

di detti termini per identificare correttamente le operazioni ed apparendo, peraltro, ragionevole pensare che, in questi casi, al contratto si accompagnino materiali esplicativi⁷⁹. Invero, occorre osservare come “chiarezza” e “comprensibilità” (riunite di frequente, come anticipato, nell’espressione “obbligo di trasparenza”) non sono concetti sovrapponibili e fungibili, seppure tra loro connessi e spesso ritenuti endiadi. Infatti, esemplificando, dalla prescrizione in termini di chiarezza emerge la necessità dell’utilizzo, da parte del professionista, di meccanismi redazionali semplici e leggibili nella presentazione del contratto (con riferimento, per fare un esempio, alla dimensione dei caratteri tipografici, rimanendo, dunque, escluse le grafie microscopiche in quanto ostative alla formazione di una volontà conforme del consumatore) mentre dal requisito della comprensibilità discende l’imperativo di accessibilità della lingua e della terminologia utilizzate; quest’ultima, in particolare, deve risultare intelligibile secondo parametri di ordinaria diligenza e corrispondere ad un livello di tecnicità ragionevole, non eccessivamente complesso e che comunque consenta, anche mediante spiegazioni o rinvii ad elementi extratestuali, un’effettiva comprensione⁸⁰.

Resta fermo che ciascuno dei citati attributi dell’informazione ha natura fortemente indeterminata e pertanto rimessa in definitiva all’interprete, che dovrà analizzarne la

⁷⁹ **MASUCCI S.T.**, *sub art. 1469-quater*, in Barengi A. (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996, 138 ss. , in part. 150; **RIZZO V.**, *Trasparenza e contratti del consumatore (la novella al codice civile)*, Napoli, 1997, in part. 1191.

⁸⁰ Vi è dunque, da un lato, l’onere del professionista di evitare una terminologia criptica, mentre dall’altro è richiesto al consumatore di attivarsi, nei limiti della diligenza media, per comprendere il significato delle singole clausole. Si precisa che, in caso di *relatio*, l’obbligo di trasparenza gravante sul professionista si amplia: esso, infatti, comprende la clausola negoziale di rinvio, nonchè il documento relato. La recente giurisprudenza di merito (vedasi Trib. Ravenna, 22 febbraio 2012, in *Contratti*, 2012, 4, 283) ha ritenuto di estendere l’esigenza di chiarezza e trasparenza ex art. 35 cod. cons. anche agli articoli 1341 e 1342 c.c.

presenza per capire se ricorra o meno un'informazione adeguata alla concreta fattispecie e, dunque, soddisfacente le esigenze di trasparenza.

La ragione giustificatrice della prescrizione di trasparenza può essere, dunque, individuata nell'esigenza di garantire al consumatore un effettivo accesso al contenuto del contratto: la chiarezza nella redazione e la comprensibilità della terminologia utilizzata sono funzionali alla comprensione effettiva del rapporto contrattuale cui lo stesso consumatore va a vincolarsi⁸¹.

In particolare, si può notare come il legislatore ricorra di frequente alla prescrizione della trasparenza proprio in funzione di tutela della parte contrattuale debole, di riduzione dell'asimmetria e dello squilibrio di informazioni, conoscenze e mezzi in generale che fatalmente vanno ai danni di quest'ultimo.

Una parte della dottrina riconduce l'obbligo di chiarezza e comprensibilità di cui all'art. 35 cod. cons. al generale dovere di buona fede gravante sui contraenti, creando un collegamento da cui fa derivare un'integrazione del citato obbligo di chiarezza e comprensibilità, rendendolo tale da ricomprendere anche un dovere di sintesi e di considerazione dei fattori soggettivi di ciascun consumatore idonei a rendere più difficile la comprensione del contratto⁸². Quanto al menzionato dovere di sintesi, si può notare che esso, peraltro, è stato già previsto nella legislazione bancaria e nella delibera CICR del 4 marzo 2003, mentre, per ciò che concerne il secondo degli obblighi appena citati, questo si tradurrebbe nel dovere per il predisponente di attivarsi al fine di rendere il contratto

⁸¹ In questo senso è assai indicativo il Considerando n. 20 della direttiva 93/13/CEE: *“considerando che i contratti devono essere redatti in termini chiari e comprensibili, che il consumatore deve avere la possibilità effettiva di prendere conoscenza di tutte le clausole e che, in caso di dubbio, deve prevalere l'interpretazione più favorevole al consumatore”*.

⁸² In tal senso, v. **MORELATO E.**, *Nuovi requisiti di forma nel contratto: trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006, in part. 164.

comprensibile al singolo consumatore, tenendo in considerazione svariati elementi quali, ad esempio, l'età oppure gli impedimenti fisici o psichici.

La chiarezza e la comprensibilità costituiscono, quindi, attribuiti da riconoscere alla trasparenza, ossia a quella informazione utile alla formazione di un consenso responsabile del consumatore⁸³, esaustiva (o completa), chiara e comprensibile, leale ed accessibile.

Evidentemente, una volta identificati i caratteri della trasparenza, il problema diviene capire quando un'informazione soddisfa e, dunque, merita dette qualifiche.

Peraltro, non vi è una sola nozione di trasparenza ma tante diverse nozioni di trasparenza dipendenti dal contesto interessato. Difatti, l'art. 5, comma 3 cod. cons. prescrive la chiarezza e la comprensibilità delle informazioni, costituendo così una norma di chiusura riassuntiva degli obblighi specifici di cui alla normativa consumeristica e impositiva di uno standard informativo adeguato per le ipotesi in cui invece la legge tace. Invero, manca un coordinamento adeguato tra l'enunciazione di principio di cui all'art. 5 cod. cons. e le singole ipotesi relative ai vari settori in cui l'obbligo in parola è operante (ad esempio, cfr. artt. 47 ss. e 52 ss. cod. cons.).

Tuttavia, l'interprete è comunque tenuto a vagliare se il diritto del consumatore ad essere informato è stato soddisfatto nei modi e con i contenuti previsti dalla normativa.

In ogni caso, si è evidenziato che la legislazione consumeristica non ha del tutto azzerato il dovere di autoinformazione emergente dall'art. 1341, comma 1 c.c., per sostituirlo con un incondizionato diritto del consumatore a venire informato. Difatti, dovendosi il canone della diligenza pur sempre iscriversi nell'ambito della correttezza, attraverso l'art 1337 c.c. potrà esser sanzionato il consumatore che deliberatamente si sia mostrato negligente e che ciononostante abbia chiesto la declaratoria di nullità causata da una sua ignoranza colpevole.

⁸³ **PAGLIANTINI S.**, voce *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali V, Milano, 2012, 1280 ss., in part. 1287.

Peraltro, a giudizio di alcuni va sottolineato che, quando un contratto tra professionista e consumatore è concluso con modalità tali da far maturare in chiunque la consapevolezza che il futuro rapporto sarà regolato da condizioni generali, la legge si limita tendenzialmente a fissare i presupposti necessari affinché un qualsiasi aderente possa trovarsi nelle condizioni di informarsi. Si pensi, a quest'ultimo proposito, alle fattispecie di conclusione del contratto a mezzo di distributori automatici o di impianti meccanici di lavaggio, ovvero ai quotidiani rapporti di massa⁸⁴.

III.B).2 Parametro di riferimento per la chiarezza e la comprensibilità

Peraltro, si può notare come i due elementi rappresentati dalla chiarezza e dalla comprensibilità mutano di senso a seconda del parametro di consumatore che si assume come riferimento.

...Consumatore medio

Generalmente, la trasparenza delle clausole viene valutata in relazione al parametro del “consumatore medio”; si tratta di una nozione aperta e dai confini variabili, soprattutto con riferimento al bene che forma oggetto del contratto, al settore in cui lo stesso viene stipulato, alle peculiarità del consumatore, ecc...⁸⁵.

Assumendo come parametro la figura del “consumatore medio” – quale soggetto critico e responsabile in quanto normalmente informato e normalmente immune da condotte decettive, come del resto sembra confermato dalla giurisprudenza comunitaria in materia di

⁸⁴ **ROSSI CARLEO L.**, *sub. art. 5*, in Alpa G., Rossi Carleo L. (a cura di), *Codice del Consumo. Commentario*, Napoli, 2005, 131 ss., in part. 131 s.; **ROSSI CARLEO L.**, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *riv. dir. priv.*, 2004, 366 ss., in part. 366 s.; **NAVARRETTA E.**, *sub 1469-quinquies*, in Bianca C.M., Busnelli F.D. (a cura di), *Commentario al cap XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore (artt. 1469-bis - 1469-sexies)*, in *Nuove leggi civ.*, 1997, 768 ss., in part. 1245.

⁸⁵ **PONCIBÒ C.**, *Il consumatore medio*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2007, 734 ss., in part.734.

marchi d'impresa e pubblicità ingannevole o comparativa⁸⁶ – la valenza prescrittiva della trasparenza subisce una drastica riduzione ai minimi termini, a tutto vantaggio del professionista, il quale, sapendo di poter contare su di un consumatore ragionevolmente attento ed avveduto, non si sentirà affatto tenuto ad adoperare un linguaggio didascalico, esplicativo di eventuali sigle ed abbreviazioni, comunque deviante dalle consuetudini lessicali del settore. Se è vero che sembra supportare questo indirizzo l'esame del considerando n. 18 della dir. 2005/29/CE⁸⁷ e se è vero anche che il riferimento del menzionato considerando n. 18 ai fattori sociali, linguistici e culturali contribuisce in parte a relativizzare dei parametri naturalmente mutevoli e vaghi quali sono “normalmente” (riferito al grado di informazione del consumatore) e “ragionevolmente” (riferito al grado di spirito critico del consumatore), si deve riconoscere quanto comunque questi avverbi ammantano di indeterminatezza “il bagaglio cognitivo ed esperienziale del cosiddetto consumatore medio”⁸⁸.

...Consumatore debole

Si potrebbe, invece, pensare di assumere come parametro la figura del “consumatore debole”, intendendo questo come un soggetto vulnerabile e presuntivamente incapace di apprezzare il significato complessivo del regolamento contrattuale, un soggetto che si assume negozi per lo più senza attentamente vagliare quanto poi firma, un soggetto, dunque, che, in ragione di ciò, è ritenuto meritevole di una tutela officiosa da parte del

⁸⁶ Corte Giust., 12.02.2004, causa C-218/01, *Henkel KgaA*; Corte Giust., 6.05.2003, causa C-104/01, *Libertel Groep BV*; Corte Giust., 19.04.2007, causa C-381/05, *De Landtsbeer Emmanuel*; Corte Giust., 19.09.2006, causa C-356/04, *Lidl Belgium*.

Ma possono vedersi anche, per la commercializzazione di categorie specifiche di prodotti, C. Giust. CE, 24 ottobre 2002, causa C-99/01, *Linhart*, e C. Giust. CE, 13 gennaio 2000, causa C-220/98, *Estée Lauder Cosmetics*.

⁸⁷ La quale ha sostituito la definizione inizialmente presente nella proposta di direttiva presentata dalla Commissione nel 2003 (COM (2003) 356 def. del 18.06.2003, art. 2 lett. b).

⁸⁸ **PAGLIANTINI S.**, voce *Trasparenza contrattuale*, cit., in part. 1290.

giudice. In tal caso, la prospettiva inevitabilmente cambia ed il grado di trasparenza richiesto al professionista viene ad essere incrementato.⁸⁹ Solo per fare un esempio, dovrebbe essere evitato l'utilizzo di clausole articolate in commi separati o collegate tra loro.

Detta prospettiva appena esposte si rivela, dunque, antitetica rispetto a quella che si è illustrata in precedenza⁹⁰. A questo proposito è stato peraltro segnalato più volte come una chiarezza calibrata su un'alfabetizzazione minima, doverosamente arricchita da accorgimenti quali legende esplicative, possa essere considerata (specie nel settore bancario e finanziario)⁹¹ un valido strumento di composizione degli interessi.⁹²

⁸⁹ Vedsasi C. Giust. CE, 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon GSM Zrt. c. E.S. Gyorfı*, C. Giust. UE 17 dicembre 2009, causa C-227/08, *Eva Martin Martin c. EDP Editores SL*, C. Giust. CE 15 aprile 2010, causa C-511/08 *Heine Gmbh c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*.

Cfr. **ZORZI GALGANO N.**, *Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario*, in *Contr. Impr.*, 2010, 549 ss., in part. 549 ss.

⁹⁰ L'una del "consumatore imprenditore di se stesso" e l'altra del "soggetto intrinsecamente vulnerabile", secondo la bipartizione proposta da **DENOZZA F.**, *Aggregazioni arbitrarie v. "tipi" protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. Comm.*, 2009, I, 1057 ss., in part. 1057 s. e in www.agcm.it.

⁹¹ Vedasi le Istruzioni della Banca d'Italia, che parlano di elevati livelli di leggibilità e di allegati riportanti una guida con le principali indicazioni redazionali che gli intermediari possono applicare per assicurare il rispetto dei criteri di chiarezza e comprensibilità. Ma a dar l'idea della complessità del quadro normativo e della sua ambiguità, basta ricordare che il testo originario della proposta di direttiva sui diritti dei consumatori, COM(2008) 614 def. del 8.10.2008, faceva espresso divieto agli Stati membri di imporre prescrizioni in materia di presentazione per il modo in cui le clausole contrattuali sono state espresse o messe a disposizione del consumatore (art. 31 § 4).

Vedasi **FERRO LUZZI P.**, *Lezioni di diritto bancario*, Torino, 2004, in part.188, nt. 10.

⁹² **GORGONI M.**, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 4, 755 ss., in part. 755 s. In parte della letteratura giuridica più recente si è avvertito circa il plausibile fallimento delle regole di

...Consumatore “confiant”

Può essere considerata una soluzione intermedia rispetto alle due accennate opzioni⁹³ quella di assumere a parametro la figura del cosiddetto “consumatore confiant”, con tale

disclosure dalla prospettiva dei «consumatori» perché l'intensificazione degli obblighi di informazione, che dovrebbe offrire l'opportunità di fare scelte razionali (**ZENO ZENCOVICH V., SANDICCHI G.B.**, *L'economia della conoscenza e i suoi riflessi giuridici*, in *Dir. infor.*, 2002, 971 ss., in part. 971), non è in grado di fornire protezione a tutti i consumatori, ma solo a quelli già in grado di autotutelarsi (cd. “*well-educated middle-class consumers*”). Non beneficerebbero, in sostanza, della tutela proprio le fasce più vulnerabili, già socialmente escluse (**WILHELMSSON T.**, *Consumer Law and Social Justice*, in RAMSAY, I (Ed), *Consumer Law in the Global Economy*, 1997, 224) , le quali non sono in grado di trarre profitto dalle informazioni ricevute (per **HOWELLS**, *The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information*, in *Journal of Law and Society*, 2005, 32, 357, «*information is only useful if it can be acted upon. The poor may rationally decide not to make use of information, if they feel no alternatives will be available to them*»). Sul contraente debole, che popola il mercato senza assumervi un ruolo da protagonista, per definizione inconsapevole, insorabilmente miope e dalla razionalità ineludibilmente limitata, cfr. **R. PARDOLESI**, *Conclusioni*, in GITTI-VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, 331 ss.). La loro debolezza deriva, infatti, da una mancanza di *bargaining power* piuttosto che dall'ignoranza di ciò che viene loro proposto e delle condizioni dell'offerta. Semplicemente, essi non hanno possibilità di scegliere. A questo dato si aggiungono gli effetti perversi del fenomeno dell'*information overload* che, soprattutto in un contesto così contrassegnato da tecnicismo, può tradursi in «un *deficit* di conoscenza sino ad integrare una specifica tipologia di vizio» (**GRECO F.**, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, in part. 56; **PERRONE A.**, *Obblighi di informazione, suitability e conflitti di interesse: un'analisi critica degli orientamenti giurisprudenziali e un confronto con la nuova disciplina Mifid*, in PERRONE A. (a cura di), *I soldi degli altri. Servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari*, Milano, 2008, in part. 20; **PEPE A.**, *La giurisprudenza sugli intermediari finanziari*, in *Corr. giur.*, 2008, 123 ss., in part. 140; **RORDORF R.**, *La tutela del risparmiatore: norme nuove, problemi vecchi*, in *Società*, 2008, 272 ss., in part. 272; **ANNUNZIATA F.**, *Regole di comportamento degli intermediari e riforme dei mercati mobiliari*, Milano, 1993, in part. 321).

⁹³ **DENOZZA F.**, *Aggregazioni arbitrarie v. “tipi” protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, cit.

definizione alludendo al soggetto portato a riporre un ragionevole affidamento sulle qualità e sulle prestazioni abituali di un prodotto di un determinato tipo, secondo il modello di cui fa applicazione l'art. 129, comma 2, lett. c) cod. cons.

Parlare di una ragionevole aspettativa sottende, in definitiva, un riferimento a ciò che, secondo regole di comune esperienza, una persona di media avvedutezza può esser indotta ad aspettarsi da un certo tipo di contratto.

Conseguentemente, non dovrà esser vagliato in via preventiva se una determinata categoria di consumatori sia da ritenersi debole, dovendosi invece appurare se un certo tipo di struttura del testo contrattuale si presti a sviare concretamente l'attenzione del consumatore medio di uno specifico settore⁹⁴.

Peraltro, si è fatto notare che aggravare l'obbligo di chiarezza a vantaggio dei consumatori più sprovvisti verosimilmente significherebbe incrementare i costi di produzione e di allocazione per tutti i consumatori e, quindi, anche per quelli tra essi che siano provvisti di una capacità cognitiva maggiore di quella presa come riferimento.

La decisione circa come declinare il modello di consumatore, sulla cui base verificare il rispetto dell'imperativo di chiarezza e di comprensibilità, fa quindi mutare, insieme al grado di protezione riservato al consumatore stesso, anche l'ammontare dei costi imputati all'impresa.

Non solo. E' stata anche avanzata l'idea per la quale optare per un parametro di elementare chiarezza e comprensibilità esteso a tutti i consumatori, oltre a comportare la menzionata possibile conseguenza negativa dell'aumento dei costi, potrebbe rivelarsi anche poco in armonia con quel principio di proporzionalità che sembra ispirare l'azione dell'Unione e che riverbera nell'art. 5 del Trattato UE (ex art. 5 Trattato CE).

⁹⁴ MELI M., *“Diligenza professionale”, “consumatore medio” e regola di “de minimis” nella prassi dell’AGCM e nella giurisprudenza amministrativa*, 2011, in www.orizzontideldirittocommerciale.it.

Vero è che il riferimento al consumatore medio compare di frequente, come si nota negli artt. 20, comma 2, 21, 22, commi 1 e 2 e 24 cod. cons.

Tuttavia, la normativa di origine comunitaria sembra effettivamente tendere verso una suddivisione dei consumatori per categorie, adattando la stessa nozione di consumatore medio a seconda che la pratica in oggetto si mostri rivolta a un gruppo determinato di soggetti (art. 20, comma 2 cod. cons.) oppure dando risalto, segnatamente nei contratti conclusi a distanza, alle specifiche esigenze di protezione riconosciute a certe categorie di consumatori particolarmente vulnerabili (art. 52, comma 2 cod. cons.).

Si tratta, in definitiva, di una commisurazione casistica degli elementi della chiarezza e della comprensibilità che riprende un orientamento piuttosto presente in Germania, seppur non senza contestazioni⁹⁵.

Tuttavia, non si può omettere di considerare quanto una parcellizzazione del criterio valutativo possa rendere la questione della trasparenza ancor più complessa.

Se da una parte, del resto, diversificare fa risaltare, in modo anche opportuno, le differenze esistenti e contingenti tra gli interessi protetti, può celare, d'altra parte, il limite di comportare nei riguardi di determinati gruppi di soggetti oneri supplementari di diligenza, che potrebbero risultare non sempre giustificati dalla complessità dell'operazione economica di cui essi sono parte.⁹⁶

III.C) La portata applicativa dell'art. 35, comma 1 cod. cons.

⁹⁵ Cfr. **PAGLIANTINI S.**, voce *Trasparenza contrattuale*, cit., in part. 1291.

⁹⁶ **DE CRISTOFARO G.**, *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale "sleale" e i parametri di valutazione della "slealtà"*, in *Le "pratiche commerciali sleali" tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di De Cristofaro G., Torino, 2007, 135 ss., in part. 135 ss.; **LIBERTINI M.**, *Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette*, in *Contr. Impr.*, 2009, 105 ss., in part. 105.

L'art. 35 cod. cons. ha una portata applicativa generale, che si estende a tutti i contratti conclusi dal consumatore, compresi, ad esempio, quelli bancari e di credito al consumo⁹⁷.

Resta ovviamente salvo l'affiancamento, alla generale prescrizione contenuta nella norma in parola, di una disciplina specifica per alcune tipologie di contratti, come ad esempio quelli turistici, bancari e finanziari.

In secondo luogo, la disposizione riguarda tutte le clausole del contratto, e, dunque, sia quelle relative agli elementi essenziali sia quelle relative agli elementi accessori⁹⁸.

Non di rado, peraltro, si è posto come un nodo problematico il tema dell'estensione dell'obbligo di trasparenza alla generalità delle clausole.

Non sembra esservi, invero, alcun appiglio né letterale né sostanziale di cui munire un'interpretazione restrittiva al riguardo, stante, altresì, la difficoltà di distinguere, all'interno del negozio, tra clausole essenziali o meno e di limitare conseguentemente solo alle prime l'obbligo di chiarezza e di comprensibilità, quando invece l'unica condizione è che si tratti di clausole predisposte unilateralmente dal professionista⁹⁹.

Appare, anzi, potenzialmente foriero di effetti distorsivi un atteggiamento che sia volto a limitare, nei contratti stipulati per iscritto, l'obbligo di chiarezza e comprensibilità alle sole clausole essenziali.

Si può pensare a quanti – e quanto rilevanti – disagi interpretativi potrebbero crearsi nel caso in cui una clausola oscura, pur se secondaria, risulti necessaria o utile ai fini dell'interpretazione complessiva del contratto.

⁹⁷ Si tratta dell'opinione maggioritaria.

⁹⁸ **MASUCCI S.T.**, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996.

⁹⁹ Cfr. **GIAMMARIA P.**, *sub art. 1469 quater*, in Alpa G., Patti S. (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, in *Il codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger P., diretto da Busnelli F.D., Artt. 1469-bis – 1469-sexies, Milano, 1997, 1015 ss., in part. 1015 s., 1019.

Limitare l'applicazione della norma alle sole clausole essenziali rischierebbe, in altre parole, di rendere impossibile un intervento su asimmetrie informative derivanti dall'oscurità di clausole accessorie; ciò si porrebbe in contrasto, oltre che con la lettera e lo spirito della disciplina consumeristica, con le regole ermeneutiche codicistiche, ed in particolare con l'art. 1363 c.c., il quale, come è noto, impone di interpretare le clausole le une per mezzo delle altre attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto.

Altro problema è se l'art. 35 cod. cons. vada considerato applicabile anche alle clausole non vessatorie, dal momento che una clausola non vessatoria può contribuire, se formulata male, ad un fraintendimento da parte del consumatore della portata reale dei diritti ed obblighi derivanti dal negozio.

Vasto ed acceso dibattito è poi sorto con riferimento alla presenza, all'interno della norma in esame, di un accenno alla predisposizione per iscritto delle clausole.

Sebbene una parte della dottrina¹⁰⁰ abbia sottolineato l'opportunità di non forzare il tenore letterale della disposizione¹⁰¹, appare comunque necessario soffermarsi sul valore da

¹⁰⁰ **SCOGNAMIGLIO C.**, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., in part. 954 s. Pertanto, al di fuori dell'ipotesi di clausole proposte per iscritto, la sanzione dell'obbligo di trasparenza e la conseguente tutela della posizione del consumatore dovrà essere cercata su altri piani, come nella concretizzazione dell'obbligo di buona fede nelle trattative di cui all'art. 1337 c.c. e nell'applicazione del canone interpretativo contenuto nell'art. 1370 c.c. in presenza dei relativi presupposti. Questo orientamento ritiene che anche un'interpretazione condotta secondo un criterio di massima conformità alle previsioni della direttiva (criterio applicato, ad esempio, da Corte Giustizia, 14 luglio 1994) non sarebbe in grado di accreditare un esito ermeneutico diverso.

¹⁰¹ **MINERVINI E.**, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, in part. 101. Argomentando a contrario, dato che il precetto di "*clare loqui*" si sostanzia nell'imperativo, singolarmente ma testualmente riferito soltanto all'ipotesi in cui le clausole contrattuali vengano proposte al consumatore per iscritto, di formulare le clausole stesse "in modo chiaro e comprensibile", ne risulta la possibilità del professionista di esimersi dal rispetto di tale esigenza di chiarezza e comprensibilità ove dette clausole vengano invece prospettate verbalmente. Difficile appare ipotizzare il caso in cui, *de visu*, e cioè di presenza,

ricondere al menzionato riferimento alla “scrittura” delle clausole proposte al consumatore, e chiedersi se da esso discenda veramente l'esclusione dei contratti verbali dall'obbligo di trasparenza così sancito.

Anzitutto, va premesso che il riferimento contenuto nell'art. 35, comma 1 cod. cons. ai contratti conclusi per iscritto, nonché la dizione della rubrica che contiene il termine “forma”, non prescrivono alcun formalismo (né per la validità né per la prova) per i

o, quanto meno, *de auditu*, e cioè per telefono, il professionista possa proporre al consumatore una qualche clausola ambigua, della quale cioè quest'ultimo non chieda immediatamente l'esatto significato da attribuirle, evitando così ogni possibile polisemia e con la conseguenza che non potrà trovare applicazione la norma intesa proprio a rivolgere a sfavore del professionista le conseguenze di tale ambiguità. Con l'ulteriore corollario che in tale ipotesi di contratto verbale andranno applicate nella loro interezza le regole di interpretazione soggettiva contenute nell'apposito capo del codice civile. Ad ulteriore conferma di tale applicabilità sta, infine, la considerazione che, trattandosi di contratto individuale, vi è anche l'effettiva esistenza di una comune intenzione delle parti, quanto meno ove questa si intenda quale risultato dell'operata composizione tra le parti del conflitto di interessi sui diversi termini del regolamento contrattuale.

V. **STELLA RICHTER G.**, *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., in part. 1027 ss.

In senso contrario: **DI GIOVINE G.**, *sub art. 1469-quater*, in *Clausole vessatorie e contratto del consumatore (art. 1469-bis e ss.)*, 3 ed., a cura di Cesaro, II, Padova, 2001, 452 ss., in part. 572 ss., a mente del quale, invece, il più delle volte è proprio il contratto non scritto che, non essendo assistito dal rigore formale, offre le maggiori possibilità di incomprensioni o malintesi; **PATRONI GRIFFI G.**, *Le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori (direttiva Cee 93/13)*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 368 ss., in part. 368; **SCALFI G.**, *La direttiva del Consiglio Cee del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori*, in *Resp. civ. e prev.*, 1993, p. 435 ss., in part. 436; **ORESTANO A.**, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria, prime note*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 492 ss., in part. 495; **JARACH A.**, *Clausole vessatorie e contratti del consumatore*, a cura di Cesàro, I, Padova, 1996, 471 ss., in part. 471 s., secondo il quale l'onere di trasparenza si riferisce all'intera area dei contratti dei consumatori e quindi anche a quelli conclusi in forma verbale, dovendosi a tal fine ammettere una interpretazione antiletterale dell'allora vigente art. 1469-quater c.c.; **MASUCCI S.T.**, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, cit., in part. 140.

contratti con i consumatori¹⁰², dovendo, dunque, l'art. 35 cod. cons. essere considerato come una disposizione sul linguaggio – più che sulla forma – delle clausole predisposte per iscritto dal professionista, rafforzata, peraltro, dall'interpretatio contra stipulatorem di cui al secondo comma della medesima norma.

Del resto, quanto precede pare essere confermato dalla direttiva 93/13/CEE, la quale ha imposto agli Stati membri, con il Considerando n. 12 bis, di prescrivere l'obbligo di redazione dei contratti in un linguaggio chiaro e comprensibile.

L'art. 35, comma 1 cod. cons. parla, pertanto, di una forma declinata in un'accezione peculiare, da non intendersi nel tradizionale senso di veste giuridica attribuita al contratto, ma piuttosto come enunciazione del principio di trasparenza e, di conseguenza, come obbligo per il professionista di predisporre le singole clausole contenute nel contratto in modo trasparente.

Si tratta di una sorta di “neoformalismo”, dunque, strumentale all'informazione del consumatore circa i propri diritti ed obblighi contrattuali ed alla protezione del medesimo.

Non a caso, nei lavori preparatori della legge n. 52 del 1996 si parlava di “trasparenza ed interpretazione”¹⁰³.

¹⁰² Così **RIZZO V.**, *sub art. 1469-quater*, in Bianca C.M., Busnelli F.D. (a cura di), *Commentario al Capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore (artt. 1469-bis - 1469-sexies)*, in *Nuove leggi civ.*, 1997, 783 ss., in part. 798 s.

Cfr. anche **PAGLIANTINI S.**, voce *Trasparenza contrattuale*, cit., in part. 1296, che parla di una fuorviante identificazione della trasparenza lessicale con un requisito di forma.

¹⁰³ La dottrina ha rilevato l'ambiguità della rubrica dell'art. 35, dal momento che detta norma e, prima, l'art. 1469 quater c.c., non sancisce alcun requisito di forma. Al riguardo, v. **DI GIOVANNI D.**, *sub art. 1469 quater*, in Gabrielli E., Minervini E. (a cura di), *I contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti*, dir. da Rescigno e **Gabrielli**, Torino, 2005, I, 375 ss., 347 ss., in part. 375 ss. Quanto alla genesi della norma in esame e della corrispondente previsione comunitaria e ai risultati dell'esperienza tedesca nella applicazione della AGB Gesetz del 1976 (c.d. *Transparenzgebot*), cfr. **GIAMMARIA P.**, *sub art. 1469 quater*, cit., in part. 1015 ss.

Invero, la norma in oggetto non deve essere letta ed interpretata con rigore eccessivo e con eccessivo uso di argomenta a contrario, potenzialmente in grado di snaturarne la ratio. La disposizione, in realtà, intende porsi in termini esemplificativi e far riferimento a quelle ipotesi che più frequentemente si verificano nella prassi dei contratti con i consumatori, i quali, infatti, normalmente rivestono la forma scritta; proprio tale forma, del resto, rende meno agevolmente concretizzabili i chiarimenti e le negoziazioni che, in linea di massima, caratterizzano una contrattazione orale¹⁰⁴.

Il riferimento letterale, all'interno della norma, alla proposizione per iscritto pare, dunque, esclusivamente indice del fatto che la gran parte dei contratti con il consumatore viene conclusa con detta modalità, senza che ciò sia un limite all'applicazione di tale articolo anche ai casi in cui il contratto è concluso oralmente o con altre tecniche comunque diverse dalla scrittura¹⁰⁵.

Pertanto, si può affermare che l'esigenza di chiarezza e comprensibilità non è limitata ai soli contratti aventi forma scritta, sussistendo il relativo obbligo per il professionista anche nella formulazione della proposta verbale.

Del resto, tale lettura pare suggerita dal Considerando n. 20 (“...i contratti devono essere redatti in termini chiari e comprensibili...”) e dal Considerando n. 11 della dir. 93/13/CEE (“...il consumatore deve godere della medesima protezione nell'ambito di un contratto orale o di un contratto scritto...”), in combinata lettura.

Nel Considerando n. 20, infatti, non è prevista alcuna limitazione del principio di trasparenza allo scritto, bensì si considerano i contratti tout court e, in ogni caso, il

¹⁰⁴ Così **CIAN G.**, *op. cit.*, in part. 419; **MEUCCI S.**, *sub art. 35*, in AA.VV., *Codice del consumo*, a cura di Vettori G., Padova, 2007, 366 ss., in part. 367.

¹⁰⁵ **PAGLIANTINI S.**, voce *Trasparenza contrattuale*, *cit.*, in part. 1296, che evidenzia come la tecnica di predisposizione documentale inneschi l'esigenza di un sovrappiù di chiarezza e comprensibilità, in ragione, ad esempio, di una lunghezza sproporzionata rispetto al tipo di operazione o di rinvii frequenti ad altre clausole.

Considerando n. 11 chiarisce che la medesima protezione deve essere garantita nell'ambito di un contratto orale¹⁰⁶.

Invero, è stato sostenuto che, con riguardo all'ipotesi del contratto non avente forma scritta, l'obbligo in parola potrebbe esser fatto rientrare nel più generale imperativo di buona fede nelle trattative da osservare ai sensi dell'art. 1337 c.c., laddove invece, in caso di proposta scritta, si sarebbe ritenuto necessario compiere una specificazione, legando detto obbligo ai concetti di chiarezza e di comprensibilità nella formulazione delle clausole¹⁰⁷.

L'art. 35 cod. cons., inoltre, pare doversi applicare anche ai contratti conclusi mediante le più moderne tecniche di comunicazione; la questione è stata sollevata, in particolare, con riferimento a clausole comparse in sovraimpressione nell'ambito di televendite o contenute all'interno di messaggi SMS o di pagine web¹⁰⁸.

Dal momento che l'art. 35, comma 1 cod. cons. fa riferimento alla proposizione delle clausole, si è acceso un dibattito in merito alla rilevanza delle modalità con cui detta proposizione avviene. Si ritiene generalmente che non debba distinguersi tra i possibili strumenti con cui dette clausole possano venire proposte, potendosi ammettere, dunque, i più vari mezzi adoperati per rendere noto il contratto: dal depliant informativo al prospetto pubblicitario, dai moduli prestampati alle clausole richiamate tramite un rinvio, ecc...

Dello stesso termine "proposte" presente nella disposizione in parola, del resto, sembra doversi dare un'interpretazione non troppo rigorosa, in quanto con esso si è inteso

¹⁰⁶ **RIZZO V.**, *Art. 1469 quate c.c.*, cit., in part. 799.

¹⁰⁷ **GIAMMARIA P.**, *sub art. 1469 quater*, cit., in part. 1018. Così pure **RIZZO V.**, *Art. 1469 quate c.c.*, cit., in part. 800, che tuttavia sottolinea come innegabile la difficoltà di prova che si può incontrare, nell'ambito di un contratto orale, sul piano della formulazione non trasparente. Vedasi anche **CASOLA M.**, *sub 1469 ter*, in Barengi A. (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996, 133 ss., in part. 133.

¹⁰⁸ Così **MASUCCI S.T.** *sub art. 1469-quater*, cit., in part 140; **MORELATO E.**, Nuovi requisiti di forma nel contratto: trasparenza contrattuale e neoformalismo, cit., in part.163.

probabilmente ricomprendere qualunque clausola redatta e predisposta dal professionista, rivolta sia ad una pluralità di soggetti indeterminati sia ad uno specifico destinatario¹⁰⁹.

Potrebbe, invero, ipotizzarsi che nella proposta formulata dal professionista sia contenuto un rinvio, ad esempio alle condizioni da esso normalmente praticate, le quali possono essere contenute in avvisi o prospetti pubblicitari.

In questo caso, il sindacato di chiarezza e comprensibilità dovrebbe estendersi anche alle clausole che, attraverso il rinvio, si troveranno incluse nel contratto.

Tale soluzione sottende, evidentemente, la considerazione del rinvio quale mero strumento di accelerazione dei tempi di conclusione del negozio, non altrimenti incidente sulla predisposizione delle clausole da parte del professionista¹¹⁰.

Il discrimine applicativo autentico della norma in esame va, in definitiva, individuato nella circostanza che la clausola sia stata o meno predisposta dal professionista¹¹¹.

Ove un contratto sia interamente predisposto dal professionista, attraverso moduli o formulari ovvero anche attraverso scritture individuali, tutte le sue clausole sono soggette al giudizio di chiarezza e comprensibilità.

Invece, se in un contratto solo alcune clausole, essenziali e/o non essenziali sono state predisposte per iscritto dal professionista, ad esempio perché il modulo o formulario è stato integrato o modificato attraverso la negoziazione individuale, solo le predette clausole possono esser sottoposte alla valutazione di chiarezza e comprensibilità, mentre per le clausole negoziate individualmente, resta fermo l'obbligo, gravante su entrambe le parti, di comportarsi secondo buona fede ex art. 1337 c.c.

¹⁰⁹ **MEUCCI S.**, *sub art. 35*, cit., i part. 366 ss., in part. 367. Così **RIZZO V.**, *Art. 1469 quater c.c.*, cit., in part. 797.

¹¹⁰ **GIAMMARIA P.**, *sub art. 1469 quater*, cit., in part. 1020.

¹¹¹ **GIAMMARIA P.**, *sub art. 1469 quater*, cit., in part. cit., 1019 ss.

In entrambe le ipotesi menzionate, come accennato, è irrilevante che la scrittura sia stata predisposta in vista della conclusione di un numero indeterminato di contratti, cioè tramite moduli e formulari, ovvero con riferimento ad uno specifico rapporto contrattuale¹¹².

Peraltro, se, invece, in un contratto la totalità delle clausole fosse stata negoziata individualmente, non potrebbe applicarsi l'art. 35 cod. cons., venendo a mancare quella condizione cui la norma stessa subordina il giudizio di trasparenza.

Come sopra accennato, esulano dal campo applicativo della disposizione in esame le clausole oggetto di trattativa individuale, dato che in tal caso il consumatore dovrebbe poterle ponderare bene¹¹³.

Per la dottrina prevalente l'art 35 cod. cons., in ottemperanza dell'art. 5 dir. n. 93/13/CEE, ha coniato un canone valutativo operante alla stregua di un filtro selettivo relativo all'inclusione delle clausole non negoziate nel contenuto del contratto predisposto con il consumatore¹¹⁴.

¹¹² **GIAMMARIA P.**, *sub art. 1469 quater*, cit., in part. 1020, ricorda che la proposta, ad esempio, può consistere in una dichiarazione volta a una pluralità indeterminate di consumatori (*depliant*, affissioni in stazione/aeroporto o sul retro del biglietto inerenti le condizioni di impiego dei biglietti stessi), in una dichiarazione rivolta a una pluralità determinata di consumatori (condizioni bancarie o assicurative praticate a una certa categoria di clienti, proposta di rinnovo di un abbonamento a chi è già abbonato), in una proposta vera e propria (vendita porta a porta, abbonamento).

¹¹³ **MASUCCI S.T.** *sub art. 1469-quater*, cit., in part 136; **RIZZO V.**, *Art. 1469 quater c.c.*, cit., in part. 1185.

¹¹⁴ **PARDOLESI R.**, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, in *riv. crit. dir. priv.*, 1995, 540 s.; **MASUCCI S.T.**, *sub art. 1469-quater*, cit., in part. 138 s.; **BOCCHINI F.**, *Tradizione e attualità nel diritto privato*, Napoli, 2009, in part. 203 s.; **MAZZAMUTO S.**, *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, in **CASTRONOVO C.**, **MAZZAMUTO S.** (a cura di) *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 278 ss., in part. 278 s.

Per l'art. 35 cod. cons., in altri termini, la preformulazione unilaterale e l'assenza di negoziazione rappresentano i presupposti che ne definiscono l'ambito applicativo¹¹⁵.

A una diversa soluzione arriva chi, dopo aver ravvisato nella trattativa individuale (art 34, comma 4 cod. cons.) non un presupposto di operatività degli art. 33 ss. del medesimo testo, bensì una “qualità redimente” della vessatorietà¹¹⁶, legge poi l'art. 35 stesso come una disposizione riferibile a tutte le clausole di un contratto tra professionista e consumatore, anche a quelle che siano state oggetto di trattativa individuale¹¹⁷.

Invero, l'art. 36, comma 2 n. 3) cod. cons. sembra supportare tale tesi, prescrivendo la nullità della clausola a sorpresa quantunque essa abbia costituito oggetto di trattativa individuale.

Tuttavia, esistono svariati dati normativi interni (ad esempio, l'art. 166 cod. ass.) e comunitari (art. 2:104 Principi diritto europeo dei contratti) che affidano alla trattativa la qualità di fattore costitutivo escludente l'applicazione della disciplina di cui agli artt. 33-37 cod. cons., facendone questione non di un fattore impeditivo della vessatorietà ma di un presupposto applicativo negativo; ne discende che appare maggiormente opportuno abbinare l'onere della trasparenza alla precondizione di una formulazione unilaterale delle clausole, come pare del resto facciano le Istruzioni della Banca d'Italia del febbraio 2011,

¹¹⁵ Diversamente il modello tedesco, ove lka trasparenza è un canone letteralmente riferito alle sole condizioni generali di contratto (vedasi § 305 BGB).

¹¹⁶ L'espressione tra virgolette è di **PARDOLESI R.**, *Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata*, cit., in part. 529 s. Così **ORESTANO A.**, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, cit., in part.496; **ROPPO V.**, *Il contratto*, cit., in part. 917.

¹¹⁷ **CASTRONOVO C.**, *Profili della disciplina nuova delle clausole cd. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, in part. 14; **GABRIELLI E.**, **ORESTANO A.**, *Contratti del consumatore*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ.*, Agg., I, 2000, 235 ss., in part. 254.

ove escludono che le disposizioni sulla trasparenza bancaria si applichino a contratti che siano stati preceduti da una trattativa individuale.¹¹⁸

Se chiarezza e comprensibilità attengono solo alla presentazione o proposizione delle clausole, allora sembra che l'imperativo della trasparenza valga soltanto quale condizione per ritenere che una clausola preformulata, vessatoria o non, abbia formato oggetto di un consenso libero da parte del consumatore¹¹⁹. Una trasparenza, dunque, vista come fattore governante l'inserimento di una clausola, principale o accessoria, nell'accordo, e quindi come regola circoscritta al momento della conclusione, escludente il dolo e l'errore, strumentale alla formazione di un consenso libero da vizi.

III.D) Trasparenza e vessatorietà

Nella prospettiva accennata al precedente paragrafo, pertanto, la trasparenza non potrebbe esser considerata come un autonomo parametro di controllo sull'abusività di una clausola¹²⁰.

Peraltro, anche sulla base della direttiva n. 93/13/CEE, non vi è una correlazione diretta tra trasparenza e giudizio di vessatorietà; difatti, l'intrinseca non opacità delle clausole,

¹¹⁸ Non sono da considerare casi di trattativa individuale le ipotesi in cui il professionista abbia confezionato lo schema contrattuale e a negoziazione individuale sono state assoggettate soltanto specifiche clausole.

¹¹⁹ Vedasi **DOLMETTA A.A.**, *Dal testo unico in materia bancaria e creditizia alla normativa sulle clausole abusive*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 1994, 458 ss., in part. 458 s.; **SCIARRONE ALIBRANDI A.**, *Prime riflessioni sulla direttiva comunitaria n. 93/13 (clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, I, 727 ss., in part. 727 s.

¹²⁰ **MINERVINI E.**, *Dei contratti del consumatore in generale*, 2 ed., Torino, 2011, in part. 78 s.

presupposto affinché sia possibile imputarle negozialmente al consumatore, non implica un'automata ricorrenza di un loro contenuto equilibrato¹²¹.

Inoltre, si deve aggiungere che la mancanza di trasparenza delle clausole relative alla determinazione dell'oggetto e all'adeguatezza del corrispettivo importa sì un'eccezione alla regola dell'esclusione di cui all'art. 34, comma 2 prima parte cod. cons., ma senza che venga ad integrarsi, per ciò stesso, un'ipotesi separata di vessatorietà, visto che comunque dovrà valutarsi l'abusività secondo il consueto parametro dello squilibrio contrario a buona fede di cui all'art. 33, comma 1 cod. cons..¹²²

Tra gli argomenti portati a sostegno di detta opinione c'è anche la circostanza che l'art. 34, comma 2 cod. cons. è una regola strettamente pertinente alla clausole essenziali, cosicché la mancata trasparenza delle altre clausole – eccettuato il ricorso all'interpretazione più favorevole al consumatore – è priva di sanzioni specifiche¹²³.

¹²¹ **BUSNELLI F.D.**, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in Bianca C.M., Busnelli F.D. (a cura di), *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore (artt. 1469-bis – 1469.sexies)*, in *Nuove leggi civ.*, 1997, 4-5, 768 ss., in part. 768 ss.

¹²² **PODDIGHE E.**, *I contratti con i consumatori. La disciplina delle clausole vessatorie*, Milano, 2000, in part. 317 s.; **ROPPO V.**, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2001, 769 ss. Sembra avvalorare detta riflessione C. Giust. CE 21 novembre 2002 causa C-473/00 *Cofidis SA c. Fredout*. Relativa a un'apertura di credito utilizzabile in modo frazionato e munita di carta di credito, di cui si contestava l'equivocità lessicale. Nello specifico si trattava di un modulo stampato su ambo le facciate con la facciata anteriore che riportava a grandi caratteri una formula che lasciava presagire la gratuità dell'operazione e quella posteriore che ospitava invece in caratteri piccoli la menzione sia del tasso di interesse convenzionale che una penale. Da qui l'equivocità fonte di abusività ad avviso del Tribunale di Vienne, che aveva sollevato la questione pregiudiziale, mentre la Corte di Giustizia mostra molti più dubbi.

¹²³ Come evidenziato da **MINERVINI E.**, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit., in part. 80.

Alcune volte, poi, si trova utilizzato l'argomento – invero piuttosto equivoco¹²⁴ – per cui sarebbe prospettabile una nullità delle clausole intrasparenti per contrarietà rispetto all'art. 143, comma 1 cod. cons., ove esso prevede che questa sia la sanzione comminata per ogni pattuizione contrastante con le previsioni del Codice del Consumo¹²⁵.

Difatti, se è vero che l'art. 2, comma 2 lett. e) cod. cons. riconosce il diritto alla trasparenza tra i diritti fondamentali del consumatore e l'art. 5, comma 3 del medesimo corpus garantisce che le informazioni siano espresse in modo chiaro e comprensibile, e anche se si dovesse ammettere che l'art. 143 cod. cons. sia una norma imperativa di carattere generale, permarrebbe comunque il dubbio che ad un valore così assorbente della trasparenza osti la circostanza che una nullità conseguente alla violazione di una regola di comportamento del professionista contrasti con il divieto di nullità senza fattispecie¹²⁶.

E non cambia di molto il quadro¹²⁷ affermare che l'oscurità è in sé pregiudizievole al consumatore¹²⁸, o che le prescrizioni di trasparenza sono norme imperative cosicché il contratto non trasparente sarebbe nullo ex art. 1418, comma 1 c.c.¹²⁹; infatti, i rimedi alla mancanza di trasparenza non possono venire declinati secondo il modello di una nullità innominata ope iudicis.

Inoltre, se la nullità di cui all'art. 143 cod. cons. dovesse intendersi come assoluta¹³⁰, si avrebbe un contesto normativo in cui la vessatorietà per significativo squilibrio, sebbene

¹²⁴ **PAGLIANTINI S.**, voce *Trasparenza contrattuale*, cit., in part. 1299.

¹²⁵ **GIROLAMI M.**, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, in part. 382.

¹²⁶ **D'AMICO G.**, *Nullità virtuale – Nullità di protezione. Variazioni sulla nullità*, in PAGLIANTINI S.(a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, 1 ss., in part. 9.

¹²⁷ **PAGLIANTINI S.**, voce *Trasparenza contrattuale*, cit., in part. 1299

¹²⁸ Così **VALLE L.**, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004, in part. 137 e nt. 22

¹²⁹ **ROPPO V.**, *Il contratto*, cit., in part. 84; **SCALISI V.**, *Diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Remedies in contract* a cura VETTORI G., Padova, 2008, 241 ss.

¹³⁰ **DE CRISTOFARO G.**, *Il "Codice del Consumo"*, in *Nuove leggi civ.*, 2006, 815 s.

manifestazione di un abuso, causerebbe una mera nullità di protezione ex art. 36, comma 3 cod. cons., esito che appare francamente paradossale.

Per di più, l'idea di una forte scissione esistente tra trasparenza e giudizio di vessatorietà si rafforza¹³¹ se si pensa a quante perplessità reca con sé l'accostamento, da taluno effettuato¹³², tra trasparenza e correttezza. In altri termini, si allude qui al riferimento ad una culpa in contrahendo del professionista per aver fornito informazioni oscure e/o carenti; anche a voler ritenere responsabile il contraente forte, difatti, l'art. 1337 c.c. al limite comporta un rimedio risarcitorio, e non un rimedio invalidante rispetto ad una determinata clausola.

III.E) L'art. 35, comma 2 cod. cons. *Interpretatio contra proferentem*

Particolarmente interessante e complesso si rivela il secondo comma dell'art 35 cod. cons., che come è noto prescrive, in caso di dubbio sul senso di una clausola, di far prevalere l'interpretazione più favorevole al consumatore.

In linea di principio, l'onere di clare loqui si riscontra su ambo i contraenti, nel senso che colui il quale non si cura di emettere una dichiarazione contrattuale chiaramente intelligibile per la percezione di un contraente medio corre il rischio di subire un'interpretazione di essa non conforme al significato che invece avrebbe voluto esprimere.

Tuttavia, tale onere per il predisponente si pone in modo peculiare e porta con sé una precisa conseguenza in caso di inosservanza, ossia l'interpretazione contro l'autore del testo, ispirata da una particolare esigenza di tutelare l'aderente, assunto a parte debole del negozio.

¹³¹ **PAGLIANTINI S.**, voce *Trasparenza contrattuale*, cit., in part. 1299

¹³² Sono di questo avviso **LENER G.**, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratto dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, 154 ss.; **MORELLO U.**, *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Notariato*, 1996, 295 ss.; **DI GIOVINE G.**, *sub art. 1469-quater*, cit., in part. 572 ss.

III.F) In particolare: l'art. 35, comma 2 cod. cons. e l'art. 1367 c.c.

Ponendo in rapporto l'art. 35, comma 2 cod. cons. e l'art. 1367 c.c., si deve riconoscere nella prima norma il criterio fondamentale per l'interpretazione oggettiva dei contratti del consumatore, con la precisazione che la regola interpretativa opera con riferimento alla singola clausola dubbia, selezionandone il significato più favorevole al consumatore, mentre pare estraneo al criterio ermeneutico in parola l'obiettivo di realizzare – attraverso il giudizio di invalidità ex art 36 cod. cons. – un risultato pratico complessivo più vantaggioso per il consumatore¹³³.

La regola codicistica dell'art 1367 c.c. spinge l'interprete a prediligere, in caso di dubbio, il senso idoneo a dare al contratto o alle singole clausole qualche effetto anziché il senso secondo cui non ne avrebbero, e pertanto viene indicato come il principio della conservazione, dato che oltre a chiarire il significato di un enunciato ambiguo mira anche a assicurarne l'efficacia. La regola, dunque, concerne sia il piano ermeneutico sia quello sostanziale. Ciò appare confermato dall'art 5:106 PECL ove è stabilito che le clausole contrattuali devono essere interpretate nel senso in cui esse sono lecite ed efficaci. Quest'ultima disposizione però, a differenza dell'art 1367 c.c., non fa espressi riferimenti al “dubbio”, scelta confermata anche, ad esempio, dall'art 4.5 Principi Unidroit e dall'art II.8:106 DCFR; tale scelta potrebbe spiegarsi considerando come implicito il dubbio interpretativo oppure considerando non essenziale detto richiamo in ragione dell'intrinseca vaghezza o ambiguità di qualsiasi testo da interpretare.

L'essere la sussistenza di un dubbio un presupposto di operatività del principio di conservazione a livello ermeneutico, implica che esso non possa essere sciolto mediante il

¹³³ **SCOGNAMIGLIO C.**, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., in part. 962. Di contrario avviso **SCIARRONE ALIBRANDI A.**, *Prime riflessioni sulla direttiva comunitaria 93/13 (Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori)*, cit., in part. 728, nota 50.

ricorso alla comune intenzione delle parti, poiché essa, difatti, ancora non è stata determinata, o quantomeno non lo è stata nella sua interezza, né attraverso il richiamo di elementi presuntivi e probabilistici, quali la volontà in astratto o la volontà ipotetica¹³⁴. Dal rifiuto di una ricostruzione in chiave volontaristica, incentivato dalla sussistenza del dubbio, peraltro, deriva la collocazione dell'art 1367 c.c., da parte di una dottrina, tra le disposizioni di interpretazione oggettiva ed in funzione sussidiaria rispetto a quelle di interpretazione soggettiva¹³⁵.

Si ritiene che il principio di conservazione abbia portata generale, applicandosi a tutti gli atti giuridici – dai legislativi ai negoziali, dagli amministrativi ai processuali – altrimenti destinati all'inefficacia, la cui formulazione sia, in grado maggiore o minore, sempre ambigua o vaga, e il cui significato si chiarisce solo alla fine del procedimento ermeneutico. Quanto appena detto parrebbe confermare la ragione dell'omissione di riferimenti espliciti al dubbio¹³⁶.

Invero, si è osservato che il principio di conservazione non sembra influenzato dai principi della gerarchia o del gradualismo, che secondo l'orientamento classico, come detto, governerebbero il rapporto tra le varie regole interpretative, soggettive ed oggettive, codicistiche; anzi, detto canone sembra confermare la circolarità dell'interpretazione e la tendenziale contestualità nell'impiego dei criteri ermeneutici idonei alla ricostruzione del senso, produttivo di effetti, del regolamento contrattuale¹³⁷.

Ci si deve domandare, però, se l'applicazione del criterio conservativo sia finalizzata a perseguire un qualche effetto oppure il massimo effetto utile.

¹³⁴ **RIZZO V.**, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, in part. 347.

¹³⁵ **BIGLIAZZI GERI L.**, *L'interpretazione del contratto*, cit., in part. 287.

¹³⁶ **PENNASILICO M.**, *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, Torino, 2012, in part. 25.

¹³⁷ **PENNASILICO M.**, *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, cit., in part 25 s.

Secondo un primo orientamento, ogni atto giuridico, nel dubbio, deve esser inteso nel suo massimo significato utile, poiché l'ordinamento tende a conservare per quanto possibile lo scopo perseguito dalle parti.

Secondo un altro orientamento, invece, la dichiarazione ambigua o plurivoca andrebbe intesa nel senso che le consenta di avere un effetto, e non invece il massimo effetto utile.

Tuttavia la norma codicistica in parola non fornisce indicazioni precise circa l'estensione dell'ambito applicativo del principio in essa contenuto. Invero, il legislatore si mostra consapevole della portata, potenzialmente molto ampia, dell'articolo in oggetto, come si evince dalla Relazione del Guardasigilli al progetto preliminare del libro delle obbligazioni (n. 215) ove si afferma che al principio conservativo è stata data una formulazione che riesce a farlo intendere nel suo massimo contenuto utile.

Peraltro detto principio deve essere considerato oggi anche in relazione all'attuale contesto normativo, caratterizzato dalla centralità della disciplina di derivazione comunitaria sulla protezione del contraente debole, la quale si può pensare che necessiti della massima realizzazione possibile del principio di conservazione del regolamento negoziale, proprio in funzione di tutela del soggetto svantaggiato¹³⁸.

Pertanto, secondo parte della dottrina, il principio di conservazione impone di scegliere, tra più effetti possibili, l'effetto che può dirsi migliore, nel senso di più conveniente alla soluzione pratica del problema ermeneutico; in altri termini, si tratta di selezionare il miglior effetto possibile in relazione al caso concreto, con una risposta che risulta relativizzata rispetto alle differenti concrete situazioni. In quest'ottica, il migliore effetto utile può esser anche talvolta quello minore perché meno gravoso per il soggetto interessato, se si considera l'ipotesi di un contratto con obbligazioni a carico del solo proponente. In

¹³⁸ **PENNASILICO M.**, *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, cit., in part 26.

definitiva, pare non potersi neppure escludere che il principio di conservazione possa essere attuato in modi differenti sulla base delle diverse figure e discipline contrattuali.

L'effetto migliore, in relazione al caso concreto, potrà essere colto attraverso un giudizio di meritevolezza, che dunque pare assumere la funzione di limite del principio di conservazione; del resto, se gli interessi non appaiono meritevoli di tutela, non ci potrà essere conservazione del contratto o di singole clausole. L'art 1367 c.c. presuppone, difatti, la serietà degli intenti negoziali, e non opera affatto se tali intenti si rivelino illeciti, futili o irrilevanti o comunque non conformi ai valori normativi dell'ordinamento.

Del resto, se si pensa che il principio di conservazione deve esser riferito al complessivo regolamento contrattuale il quale ovviamente è aperto all'integrazione anche da parte di fonti esterne, il limite all'operatività del principio di conservazione costituito dal controllo di meritevolezza va ricondotto non tanto alla volontà o all'intento pratico delle parti, quanto piuttosto ai valori di fondo cui si ispira l'ordinamento.¹³⁹

Si è osservato, già in relazione al rapporto tra 1367 e 1370 c.c., che la possibilità di arrivare a un risultato più favorevole al consumatore attraverso una ricostruzione della clausola che sia idonea a portare all'eliminazione della stessa dal contratto, perché ad esempio qualificata vessatoria e non specificamente approvata, costituirebbe applicazione del criterio ex art 1370 c.c., che dovrebbe, dunque, prevalere rispetto al principio di conservazione del contratto. Mutatis mutandis, si potrebbe riportare detto interrogativo e detto ragionamento alla normativa attuale, concludendo per la prevalenza dell'art 35, comma 2 cod. cons. sull'art 1367 c.c.; in tale ordine di idee, l'esigenza di mantenimento degli effetti giuridici dei contratti dei consumatori potrebbe venire in considerazione solo all'esito dell'eliminazione dal contratto delle clausole abusive, per assicurare il bene o il servizio avvertito dal consumatore come necessario per il soddisfacimento dei propri bisogni.

¹³⁹ **PENNASILICO M.**, *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, cit., in part. 26 s.

Invero, in alcune ipotesi gli interessi dei consumatori potrebbero essere meglio tutelati dalla qualificazione della clausola come abusiva con conseguente sanzione di nullità piuttosto che da una sua interpretazione secondo il significato più favorevole al consumatore e dunque tale da espungerne i profili di vessatorietà¹⁴⁰. Del resto sembra essere questo il motivo (per assicurare l'eliminazione dai contratti del consumatore delle clausole abusive) che l'art 5 della direttiva esclude la possibilità di una simile interpretazione nelle procedure ex art 72 della direttiva e cioè nelle azioni di inibitoria¹⁴¹. Il paradosso di un'interpretazione favorevole al consumatore che si risolve in un pregiudizio agli interessi dello stesso non sembra poter condurre a contestare radicalmente l'adeguatezza dello strumento ermeneutico dell'art 35 comma 2 alla tutela del consumatore, e in quest'ottica¹⁴² sembra essere un mero fraintendimento addebitare alla direttiva e alla disciplina di attuazione di essersi limitate a prevedere, come conseguenza della violazione del dovere di chiarezza, non una regola sostitutiva della volontà delle parti in via di integrazione eteronoma ma solo un'interpretazione *contra proferentem*¹⁴³. Seguendo questo orientamento si finirebbe per accreditare la possibilità che una regola di comportamento (l'obbligo di redigere le clausole in modo chiaro e comprensibile) si trasformi in una regola di validità e dia luogo, in caso di violazione, ad un'eterointegrazione della regola privata da parte dell'ordinamento¹⁴⁴.

¹⁴⁰ **ROPPO V.**, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, in Riv. Dir. Civ., 1994, I, in part. 106 s.

¹⁴¹ **SCOGNAMIGLIO C.**, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., in part. 963; **RIZZO V.**, *Trasparenza e contratti del consumatore (la novella al codice civile)*, cit., in part. 99.

¹⁴² **SCOGNAMIGLIO C.** *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., in part. 963

¹⁴³ **SCIARRONE ALIBRANDI A.**, *Prime riflessioni sulla direttiva comunitaria 93/13 (Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori)*, cit., in part. 727 s.

¹⁴⁴ **SCOGNAMIGLIO C.**, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., in part. 963s.

Alcuni autori sostengono che l'aver fatto dell'interpretatio contra proferentem di cui all'art. 35, comma 2 cod. cons. il criterio ermeneutico principale per i contratti dei consumatori, consente di affermare che in questa materia la gerarchia delle norme ermeneutiche sarebbe stata profondamente mutata: per alcuno nel senso di una supremazia di detto criterio nell'ambito delle regole di interpretazione oggettiva, ferma restando la priorità delle regole di interpretazione soggettiva; per altri, rovesciando la tradizionale gerarchia, nel senso di anteporre le regole oggettive rispetto a quelle soggettive e, nell'ambito del gruppo delle regole oggettive, di anteporre alle altre la norma di cui all'art. 35, comma 2 cod. cons.¹⁴⁵.

In tema di contratti dei consumatori può apparire arduo ragionare in termini di comune intenzione determinabile concretamente, ma non pare – almeno per parte della dottrina¹⁴⁶ – condivisibile la soluzione consistente nell'escludere in detto campo le norme di interpretazione soggettiva. Piuttosto, potrebbe sostenersi che l'interpretazione dei contratti

¹⁴⁵ Così, **COSTANZA M.**, *Note introduttive. Coordinamento tra vecchia e nuova disciplina*, cit., in part. 792. C'è da chiedersi, in effetti, se la disciplina di matrice europea più che novità effettive abbia comportato un'inversione dell'ordine tradizionale dei criteri ermeneutici. Gli artt. 4 e 5 della citata direttiva suggeriscono di compiere il procedimento interpretativo all'interno del contratto, affidando alla valutazione degli interessi di una parte una funzione di regola di chiusura, da intendersi come strumento di riordino degli interessi, in alternativa più che in applicazione, rispetto al canone di buona fede. Nei contratti dei consumatori quell'affidamento, che nei contratti tra eguali rappresenta il mezzo per stabilire l'equilibrio tra contraenti, viene superato per definire degli equilibri che vanno oltre ciò che la stessa buona fede consentirebbe. Il giudizio interpretativo accentua la sua funzione integrativa e pone in ulteriore secondo piano i profili soggettivi.

Se ne ricava che la disciplina di origine comunitaria in argomento pone un incentivo alla rimeditazione dell'ermeneutica contrattuale, anteponendo alla volontà inespressa la volontà espressa, sollevando tendenzialmente il giudice dalla ricerca degli intendimenti dei contraenti non desumibili dal regolamento convenzionale ma rimettendogli una funzione correttiva.

¹⁴⁶ **SCOGNAMIGLIO C.**, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., in part. 964 s.

dei consumatori apre la strada alla rimeditazione di questioni classiche in materia, quali il rapporto tra tenore letterale e comune intenzione, la rilevanza dei comportamenti dei contraenti e del complesso delle circostanze nel cui ambito si inserisce l'operazione contrattuale.

III.G) In particolare: l'art. 35, comma 2 cod. cons. e l'art. 1370 c.c.

Può essere interessante portare l'attenzione, in questa sede, sul collegamento tra il secondo comma della norma consumeristica in parola e l'art. 1370 c.c.¹⁴⁷, relativo alla disciplina generale del contratto¹⁴⁸.

A differenza del citato art. 1370 c.c., però, la norma in esame non limita la propria applicazione ai contratti conclusi sulla base di condizioni generali, moduli o formulari, ma si estende a tutte le ipotesi di contratti con i consumatori ove le clausole siano predisposte dal professionista e vi sia ambiguità di significato (e non semplicemente il difetto di chiarezza e comprensibilità di cui al primo comma del medesimo art. 35)¹⁴⁹.

¹⁴⁷ **SCOGNAMIGLIO C.**, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., in part. 947 ss. e **STELLA RICHTER G.**, *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., in part. 1027 s..

¹⁴⁸ **OPPO G.**, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, 104; **BIGLIAZZI GERI L.**, *L'interpretazione del contratto*, cit., in part. 340 ss., secondo la quale, in particolare, l'interpretazione contro l'autore prevale sul principio di conservazione del contratto di cui all'art. 1367 c.c.

¹⁴⁹ In dottrina si è altresì sottolineato come la norma in esame individui quale criterio interpretativo principale uno di carattere oggettivo, così operando un rovesciamento di quella che tradizionalmente è ritenuta la gerarchia delle regole interpretative fornite dal nostro codice e che vede al primo posto i criteri soggettivi e, successivamente ed in via sussidiaria, quelli oggettivi. Sul punto, **CIAN G.**, *op. cit.*, in part. 419; **CAPPUCCIO R.**, *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Il nuovo dir.*, 2002, II, 563 ss. in part. 565 s.; **DI AMATO A.**, *L'interpretazione del contratto di impresa*, cit., in part. 196 s.

Parte della dottrina limita, del resto, l'applicabilità dell'art. 35, comma 2 cod. cons. alle clausole non negoziate, escludendola invece nel caso di clausole negoziate o addirittura predisposte dallo stesso consumatore.

Altra parte della dottrina¹⁵⁰, però, si trova in disaccordo con detta tesi, ritenendo invece che la ratio, ed ancor prima la lettera, della disposizione in parola ne suggeriscano un'applicazione generalizzata, dato che – diversamente dall'art. 1370 c.c. – detta disposizione impone che, nel dubbio, la clausola vada interpretata nel senso più favorevole al consumatore, senza condizionare una simile interpretazione alla predisposizione o meno della clausola da parte del professionista. Se ne fa derivare che si dovrebbe parlare in ogni caso, più che di interpretatio contra proferentem sulla scia dell'art. 1370 c.c., di una interpretatio pro consumatore. Detta tesi viene, inoltre, supportata dal riferimento ad un'interpretazione teleologica della norma, la quale sembra informata alla soddisfazione dell'esigenza di tutelare il consumatore, ai sensi del Considerando n. 9 dir. 93/13/CEE, ed all'impiego del canone di buona fede quale strumento idoneo ad attuare una valutazione globale dei vari interessi in causa, ai sensi del Considerando n. 16 dir. 93/13/CEE.

L'articolo 1370 c.c. è scaturito da una sorta di divisione del previgente art. 1137 del codice civile del 1865, il quale stabiliva che in caso di dubbio il contratto deve essere interpretato contro colui che ha stipulato ed in favore di quello che ha contratto l'obbligazione, e dunque stabiliva contemporaneamente sia la regola dell'interpretazione contro lo stipulatore sia quella dell'interpretazione a favore dell'obbligato.

Di tutt'altro tenore appare dunque il testo dell'art. 1370 vigente il quale peraltro, seppur implicitamente, ha escluso l'applicabilità della regola dell'interpretatio contra stipulatorem al di fuori delle contrattazioni di massa; pertanto, è impossibile applicare detta regola contro chiunque abbia predisposto il testo di un contratto, e per ciò solo.

¹⁵⁰ **DI AMATO A.**, *L'interpretazione del contratto di impresa*, cit., in part. 197.

Parte della dottrina, invero, riflettendo sulle ragioni per cui la regola dell'interpretatio contra stipulatorem sia stata accolta dal nostro legislatore in relazione ai soli contratti di massa, ha concluso che, se il legislatore ha ritenuto di dover tutelare nel contratto di massa il contraente non predisponente, stabilendo che nel dubbio debbano interpretarsi a suo favore le clausole contenute nelle condizioni generali di contratto e nei moduli o formulari che integrano il testo, a fortiori dovrebbe essere imposta l'osservanza dell'onere del clare loqui anche al rappresentante che concluda il contratto con se stesso nonchè a colui che ponga in essere un atto unilaterale recettizio. Difatti, nel contratto di massa la volontà dell'aderente, seppur esclusa dalla formazione del testo, appare comunque essenziale affinché il contratto venga in essere, mentre nel contratto concluso dal rappresentante con se stesso, invece, la volontà del rappresentato non concorre alla formazione del negozio ma solo a preconstituire le condizioni di validità del contratto che il rappresentante potrà concludere e di cui comunque il rappresentato verrà a conoscenza solo dopo la conclusione dello stesso. A maggior ragione potrebbe dirsi lo stesso per l'atto unilaterale recettizio, il quale esprime un'autonoma volontà del suo autore, anche se, per avere effetto, detta volontà dovrà estrinsecarsi nei rigorosi limiti del potere che ad egli è stato attribuito. Ciò premesso, detto orientamento dottrinale ritiene non tanto che la norma di cui all'art 1370 c.c. sarebbe una regola dettata per i contratti di massa, da estendere a fortiori ai negozi formati per la manifestazione di volontà di una sola parte, quanto che in questo articolo si dovrebbe ravvisare una regola propria dei negozi formati per la manifestazione di volontà di una sola parte e che il legislatore ha esteso eccezionalmente ai contratti di massa¹⁵¹.

Il fatto che l'art. 35 cod. cons. – e prima ancora l'art 1469 quater c.c. – abbia indicato come regola principale in tema di ermeneutica dei contratti del consumatore l'interpretatio contra proferentem, spingerebbe a concludere che, in materia, la gerarchia delle norme sull'interpretazione è “sostanzialmente rovesciata: dalla prevalenza delle regole di

¹⁵¹ **CARRESI F.**, *Dell'interpretazione del contratto. Art. 1362-1371*, cit., in part. 136-141.

interpretazione soggettiva si passa alla prevalenza delle regole di interpretazione oggettiva, ed in particolare dell'interpretatio contra proferentem¹⁵². Dunque, quando l'interprete si trova dinanzi ad un contratto le cui clausole siano state proposte da un professionista a un consumatore deve innanzitutto procedere usando il criterio in parola, ritenuto dal legislatore il più favorevole per la tutela del consumatore stesso.

Invero, l'apparente identità tra l'interpretatio contra proferentem prevista nel dubbio sul significato della clausola in condizioni generali di contratto o in moduli e formulari dall'art. 1370 c.c. e l'interpretazione più favorevole al consumatore della clausola dubbia proposta per iscritto ex art 35 cod. cons. – in precedenza l'art. 1469 quater, comma 2 c.c. – spinge ad una ulteriore riflessione sul problema, suggerito dalla legislazione attuativa della direttiva del 1993, del rapporto tra principi generali del diritto dei contratti e disciplina speciale dei contratti del consumatore.

A ben vedere, trattasi di un problema non esattamente coincidente con la questione se le regole di cui al codice del consumo – prima l'art. 1469 bis ss. c.c. – siano destinate a trovare applicazione concorrente rispetto a quelle degli artt. 1341, 1342, 1370 c.c., ove sussistano i referenti fattuali dell'uno e dell'altro corpo di disposizioni, ossia quando ci si trova dinanzi a contratti dei consumatori, configurati come contratti standard, poichè in tal caso si pone, in particolare, il problema se le distinte tecniche di protezione, quella procedimentale di cui all'art 1341 c.c. e quella sostanziale cui si ispirano la direttiva e la sua attuazione, si giustappongano o meno¹⁵³.

Difatti, l'attuazione della direttiva, in prima istanza tramite inserimento di articoli nel tessuto del codice civile e poi mediante elaborazione di un separato corpus, pone un'ulteriore rilevante questione, vale a dire la sostituzione a una disciplina generale, efficace

¹⁵² **GIAMMARIA P.**, *sub art. 1469 quater*, cit., in part. 1027.

¹⁵³ **SCOGNAMIGLIO C.**, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., in part. 949 s.

per tutte le classi di soggetti, di una regolamentazione per status di soggetti o per categorie di atti e di rapporti.

Ciò porta con sé tutte le perplessità sollevate dalla questione della tendenza, osservata nel nostro ordinamento, al passaggio dal contratto allo status, da alcuni apprezzata come segno di attenzione maggiore del diritto alla diversa situazione sostanziale dei soggetti destinatari delle regole di comportamento da esso poste, da altri vista come preoccupante involuzione verso un passato irrispettoso della libertà dei singoli da vincoli che ne comprimano l'attività¹⁵⁴.

Al di là del fatto che la formazione di una porzione di normativa che individua il proprio ambito applicativo sulla base di qualità soggettive o di caratteristiche degli atti posti in essere da determinati soggetti, se è apparso come un elemento di tensione con il sistema codicistico, è comunque presente in altri ordinamenti, si tratta essenzialmente di verificare la compatibilità e la resistenza dei modelli e delle categorie tradizionali rispetto alle nuove discipline, verificando le modalità di adattamento del nostro sistema contrattuale all'evoluzione normativa.

All'interno di questa linea di riflessione, si colloca la questione se le regole di cui agli artt. 1362-1371 c.c. siano suscettibili di disciplinare comunque il procedimento ermeneutico del contratto o se esse siano invece destinate a frantumarsi dinanzi alle particolarità delle singole tipologie contrattuali. A questo proposito si parla spesso di un problema di relatività dei criteri ermeneutici, legata alle specificità delle tipologie contrattuali, che può tuttavia esser posto nei differenti termini di delineazione di un possibile statuto dell'ermeneutica dei contratti dei consumatori non necessariamente coincidente, almeno sotto l'aspetto dell'ordine di applicazione delle regole ermeneutiche, con la disciplina degli artt. 1362 ss¹⁵⁵. In quest'ultimo ipotetico modello potrebbero avere un rinnovato ruolo le tecniche

¹⁵⁴ Vedasi **ALPA G.**, *Status e capacità*, Bari-Roma, 1993, in part. 3 ss.

¹⁵⁵ **SCOGNAMIGLIO C.**, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., in part. 952.

interpretative del contratto a protezione del consumatore, ritenendo, in tal senso, significativo che la direttiva abbia attribuito alla regola dell'interpretazione contro l'autore della clausola un ruolo qualificante dell'intera disciplina dei contratti con i consumatori¹⁵⁶.

Secondo un orientamento, la regola dell'art 35 cod. cons., precedentemente contenuta nell'art. 1469 quater c.c., sarebbe reiterativa di quella contenuta nell'art. 1370 c.c.

Chi¹⁵⁷ è di diverso avviso fa osservare anzitutto che l'ambito applicativo delle due norme è diverso, poiché non sono coincidenti le categorie dei contratti dei consumatori e dei contratti conclusi per condizioni generali o a mezzo di moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti.

La disciplina introdotta dalla direttiva non riguarda, invero, le condizioni generali di contratto ma i contratti con il consumatore, sia quelli predisposti dal professionista per un singolo contratto con il consumatore sia quelli conclusi mediante sottoscrizione di moduli o formulari predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali¹⁵⁸. E' pur vero che la categoria delle condizioni generali non è estranea alla disciplina della direttiva e della normativa di attuazione di essa, foss'anche soltanto per l'incidenza statistica di tale tecnica di formazione del contratto quando parte di esso è un professionista. Per quanto la realtà mostri aree di intersezione tra i due ambiti di cui sopra, non vi è coincidenza concettuale tra contratti dei consumatori e contratti conclusi per condizioni generali di contratto.

¹⁵⁶ Parte della dottrina era invece scettica rispetto all'art 1370 cc reputato spesso come uno strumento inadeguato di tutela dell'aderente. Vedasi in tal senso **SCIARRONE ALIBRANDI A.**, *Prime riflessioni sulla direttiva comunitaria 93/13 (Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori)*, cit., in part.727.

¹⁵⁷ **SCOGNAMIGLIO C.**, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., in part 952 s.

¹⁵⁸ **DE NOVA G.**, *Considerazioni introduttive*, in Bianca C.M., Alpa G. (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Padova, 1996, 305 ss., in part. 305 s.; **DE NOVA G.**, *Le clausole vessatorie: art. 25, legge 6 febbraio 1996, n. 52*, Ipsoa, 1996, in part. 34.

A riguardo, si consideri che la circostanza che la contrattazione con il consumatore si sia avvalsa di condizioni generali di contratto assume rilievo al fine di applicare un'ulteriore porzione di disciplina rispetto a quello generale delle clausole abusive; infatti solo qualora le clausole abusive fossero contenute in condizioni generali di contratto può essere attivata la tutela inibitoria.

Invece, l'art 35 cod. cons. si applica alle clausole dei contratti dei consumatori a prescindere dalla circostanza che esse siano state oggetto di predisposizione per una serie indeterminata di rapporti, con unico presupposto applicativo la circostanza che il contratto o la singola clausola siano stati proposti dal professionista al consumatore per iscritto.

Parte della dottrina ritiene che il rapporto tra disciplina codicistica (segnatamente gli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c.) e disciplina consumeristica possa esser ricostruito come una relazione tra legge anteriore generale e legge sopravvenuta speciale, facendone discendere una simultanea applicazione delle due normative¹⁵⁹.

Viene ritenuto che le disposizioni consumeristiche siano compatibili con quelle codicistiche di cui agli artt. 1341, 1342 e 1370 c.c., come induce a ritenere la differente tecnica di protezione prevista da ambo le normative, da un lato formale-procedimentale e dall'altro sostanziale¹⁶⁰.

Per fare un esempio di un'applicazione pratica del problema appena accennato, possiamo pensare ai contratti dei consumatori disciplinati da condizioni generali di contratto predisposte dal professionista e sulle quali non sia stata sollecitata la specifica approvazione per iscritto da parte del consumatore: in questo caso, la clausola vessatoria non approvata con le modalità previste dall'art. 1341 cpv. c.c. neppure entrerà nel regolamento contrattuale in quanto inefficace, così che resta inconfigurabile, prima ancora che inutile, l'accertamento di vessatorietà alla stregua della disciplina consumeristica.

¹⁵⁹ **DE NOVA G.**, *Le clausole vessatorie: art. 25, legge 6 febbraio 1996, n. 52*, cit., in part. 8 s.

¹⁶⁰ **SCOGNAMIGLIO C.**, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., in part. 959.

D'altronde l'art 1341, comma 1 c.c. costituisce un livello di tutela del consumatore-aderente più effettivo rispetto a quello che direttiva e relativa attuazione hanno introdotto con la previsione mera di un obbligo di redazione in modo chiaro e comprensibile. Da questa considerazione si fa talvolta discendere che forzare il tenore letterale dell'art. 35 cod. cons. per ricollegare al difetto di trasparenza l'inefficacia delle clausole intrasparenti – poiché non si inserirebbero nel contratto ovvero in quanto per ciò stesso vessatorie – non sarebbe necessario né auspicabile, quantomeno nei casi che rientrino contemporaneamente nell'ambito della disciplina dell'art 35 menzionato e dell'art 1341 c.c.¹⁶¹

La regolamentazione codicistica dei contratti in generale concorre potenzialmente con quella consumeristica, dunque, purchè si verifichi di volta in volta se su singoli settori di disciplina la normativa speciale non sostituisca integralmente quella generale.

Ciò vale chiaramente anche per le regole interpretative.

Ed è per questo che almeno una parte della dottrina ritiene che il principio in base al quale, in caso di dubbio circa le clausole proposte per iscritto al consumatore, debba prevalere il senso più favorevole allo stesso, impedisce l'applicazione degli ulteriori criteri di interpretazione oggettiva previsti dal codice civile, e che secondo la classica impostazione vengono in considerazione ove sia impossibile accertare in concreto la comune intenzione dei contraenti. A sostegno di ciò sta il fatto che l'art 35, comma 2 cod. cons. sia collocato come unico criterio, connotato da specialità rispetto alle disposizioni codicistiche, di interpretazione delle clausole proposte per iscritto al consumatore.

III.H) In particolare: l'art. 35, comma 2 cod. cons. e l'art. 1368, comma 2 c.c.

Parrebbe sostenibile, ad esempio, riguardo alla possibilità di un'interferenza tra l'art 35, comma 2 cod. cons. ed il criterio racchiuso nell'art 1368, comma 2 c.c., che il campo

¹⁶¹ **SCOGNAMIGLIO C.**, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., in part. 959 s.

applicativo delle due menzionate regole potrebbe anche coincidere. Pertanto, si potrebbe affermare la prevalenza del significato della clausola che risulti più favorevole al consumatore rispetto a quello desumibile dall'applicazione di soluzioni ricostruttive socialmente tipiche e modellate sulla pratica del luogo in cui ha sede l'impresa.¹⁶²

La formulazione dell'art. 1368 c.c., invero, è stata spesso considerata non soddisfacente; è evidenziato, difatti, che nell'attuale contesto globale non sempre è ragionevole riferirsi alle pratiche del luogo di conclusione del contratto, potendo risultare lo stesso difficilmente determinabile, almeno in quelle ipotesi in cui vengano adoperate particolari tecniche di contrattazione – come quelle telematiche – in cui vi sia un certo distacco dalla dimensione territoriale.

Del resto, anche ove fosse possibile definire con sicurezza il luogo di riferimento, potrebbe apparire come meramente accidentale la connessione con la pratica locale; difatti, quest'ultima potrebbe dipendere occasionalmente dalla presenza sul posto di contraenti semplicemente di passaggio ovvero dallo scambio di proposte e controproposte, il quale può ben modificare il luogo di conclusione del contratto.

Sostanzialmente, viene frequentemente fatto notare quanto oggi sia difficile ipotizzare un ancoramento certo e saldo ad un determinato contesto territoriale.

Potrebbe ipotizzarsi, invero, che la norma dell'art 1368 c.c. possa essere interpretata evolutivamente, riferendo le pratiche generali non tanto al luogo geografico quanto invece al settore di attività in cui si sono diffuse e consolidate le pratiche stesse, e ciò quantomeno in relazione alle suddette particolari tecniche contrattuali.

¹⁶² **PENNASILICO M.**, *CONTRATTO E INTERPRETAZIONE. LINEAMENTI DI ERMENEUTICA CONTRATTUALE*, TORINO, 2012, IN PART. 27, ritiene che il ricorso alla prassi degli affari sia giustificato dalla capacità del contratto di adeguarsi normalmente al significato che in un determinato contesto economico-sociale è riconosciuto al medesimo.

Un altro problema può sorgere se si consideri che la tendenza, imperante nell'attuale contesto normativo, verso una tutela effettiva del contraente debole, dovrebbe¹⁶³ condurre ad affermare la prevalenza del canone dell'interpretazione contro l'autore della clausola ex artt. 1370 c.c. e 35, comma 2 cod. cons. rispetto al criterio di cui all'art. 1368, comma 2 c.c., il quale, invero, sembra privilegiare l'impresa.

Appare, peraltro, interessante – anche nell'ottica di un superamento della rigida dicotomia tra criteri soggettivi e oggettivi – la considerazione che il ruolo svolto dalle pratiche generali interpretative di cui all'art. 1368, comma 1 c.c. non è necessariamente sussidiario bensì dipendente dal linguaggio usato dalle parti: se queste, infatti, desiderano usare un linguaggio specialistico, diverso da quello corrente nel luogo inteso in senso territoriale o quale settore di attività, l'interprete dovrà usare quel linguaggio nella medesima accezione specialistica. Non avrebbe senso, in tal caso, applicare la gerarchia tradizionale dei canoni ermeneutici, non potendo la ricerca della comune intenzione delle parti o comunque del significato del regolamento negoziale prescindere dalla natura del linguaggio adoperato, dovendosi conseguentemente fare un'applicazione congiunta degli artt. 1362 e 1368 c.c.¹⁶⁴.

III.I) In particolare: l'art. 35 cod. cons. e l'art. 1366 c.c.

Possiamo considerare anche il nodo di problemi che, con particolare riguardo all'area consumeristica, ruota attorno all'art. 1366 c.c., considerata la rilevanza che il principio di buona fede assume nella disciplina introdotta dalla direttiva.

Nell'ambito consumeristico, infatti, la buona fede interpretativa assume una posizione di rilievo per la tutela del contraente-consumatore, intervenendo a selezionare, tra i differenti significati ascrivibili alla regola contrattuale, quello corrispondente alle aspettative o

¹⁶³ **PENNASILICO**, CONTRATTO E INTERPRETAZIONE. LINEAMENTI DI ERMENEUTICA CONTRATTUALE, TORINO, 2012, IN PART. 29

¹⁶⁴ **PENNASILICO**, CONTRATTO E INTERPRETAZIONE. LINEAMENTI DI ERMENEUTICA CONTRATTUALE, TORINO, 2012, IN PART. 29.

all'affidamento del consumatore, preso in un dato contesto socio-economico di riferimento. In altri termini, la buona fede interpretativa assicurerebbe la funzione di controllo della congruità, rispetto a tipologie comportamentali socialmente riconosciute, del risultato ermeneutico raggiunto sulla base dell'utilizzo dei criteri di interpretazione soggettiva.

D'altronde, sembra che, anche nella prospettiva dei contratti dei consumatori, il criterio della buona fede sia riconducibile all'esigenza di portare a compimento, da un punto di vista consequenziale, quanto implicitamente contenuto nel regolamento negoziale, sulla base di un criterio di regolarità sociale e sempre tenendo presente che in questa particolare categoria di contratti possono presentarsi atteggiati in modo divergente dall'usuale i tipi normali di comportamento socialmente riconosciuti, i quali costituiscono il parametro di riferimento dell'interpretazione alla stregua della buona fede.

Se ne potrebbe derivare, peraltro, che come il professionista è assoggettato all'onere di chiarezza e comprensibilità quando propone per iscritto clausole al consumatore – il che rappresenta una concretizzazione del generale obbligo di buona fede nelle trattative – così il consumatore può fare legittimamente affidamento sul significato delle clausole che allo stesso vengano proposte e che sia conforme al canone di chiarezza e comprensibilità¹⁶⁵.

III.L) Rapporto tra i primi due commi dell'art. 35 cod. cons.

I canoni di cui agli artt. 34 e 35 cod. cons. sono dettati per accertare la vessatorietà di una clausola e quindi controllare l'efficacia del contratto, che costituisce solo una delle funzioni dell'interpretazione. Tuttavia, lo si ribadisce, detti criteri possono essere applicati anche per le altre funzioni svolte dall'interpretazione, come la determinazione del contenuto del contratto e il controllo di liceità, considerato il nesso sostanziale sussistente tra le differenti

¹⁶⁵ **SCOGNAMIGLIO C.** *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in riv. dir. comm., cit., in part. 969-970.

clausole che concorrono a formare un unico tessuto di precetti. Difatti, ogni clausola propaga il proprio significato oltre la sua sfera di contenuto incidendo sugli effetti che il contratto nel suo complesso è destinato a realizzare. Ne risulta che i criteri ermeneutici dettati per l'accertamento della vessatorietà di una o più clausole e quindi per il controllo di efficacia del contratto hanno inevitabili ripercussioni sulla determinazione dell'intero contenuto contrattuale e dunque sul controllo di liceità di quest'ultimo, compiuto proprio alla luce del significato attribuito al contratto nel suo complesso.

Enunciando la prescrizione relativa alla chiarezza e comprensibilità delle clausole proposte per iscritto al consumatore, il comma 1 dell'art. 35 cod. cons. sembra porsi con riferimento ad un momento anteriore, sia cronologicamente che logicamente, rispetto a quella valutazione di ambiguità delle stesse, presupposta dal comma 2 della medesima disposizione nello stabilirne l'interpretatio contra stipulatorem.

Invero, il rapporto tra i primi due commi dell'articolo in esame è piuttosto problematico, anche perché sembra che la stessa dir. 93/13/CEE dia maggiore rilevanza all'obbligo di chiarezza e comprensibilità rispetto alla prescrizione dell'interpretazione più favorevole al consumatore, in quanto il primo tenderebbe ad assicurare al soggetto debole "la possibilità effettiva di prendere conoscenza di tutte le clausole"¹⁶⁶.

Tuttavia, per quanto il comma 1 abbia una portata applicativa più ampia rispetto al comma 2, le due regole si riferiscono a tipologie di clausole non necessariamente coincidenti.

Almeno in astratto, dunque, la fattispecie di cui al comma 1 concerne e sanziona l'inaccessibilità al testo da parte del consumatore per difetto di chiarezza e comprensibilità, mentre il comma 2 della stessa norma presuppone che tale accesso vi sia stato e che ciononostante una o più clausole siano rimaste di dubbia interpretazione.

¹⁶⁶ Considerando n. 20 della dir. 93/13/CEE. Cfr. **GIAMMARIA P.**, *sub 1469 quater*, cit., in part. 1026.

L'art. 35, comma 1 cod. cons., segnatamente, sembra occuparsi di una clausola né totalmente incomprensibile né soggetta a più interpretazioni, bensì di un testo che ha un solo e preciso significato sebbene oscuro alla percezione di un consumatore medio.

Il secondo comma dell'art. 35 cod. cons., che, come anticipato, stabilisce la prevalenza, in caso di dubbio sul senso della clausola, dell'interpretazione più favorevole al consumatore, costituisce una fattispecie non tanto diversa quanto ulteriore rispetto a quella di cui al primo comma; in altri termini, se il primo comma si riferisce al caso in cui la mancanza di chiarezza e comprensibilità del testo impedisce al consumatore di accedervi, il secondo si riferisce al caso in cui una clausola è non oscura ma ambigua ossia non pacificamente interpretabile¹⁶⁷.

Ovviamente, se non si ravvisa un dubbio l'interprete dovrà valutare se la clausola sia affetta o meno da abusività.

III.M) Clausole ambigue e giudizio di vessatorietà

Una problematica certo molto interessante e complessa, come sopra accennato, è quella relativa al criterio da ritenere prevalente nel caso in cui una clausola ambigua possa dar luogo ad un giudizio di vessatorietà.

In dottrina, pur nella varietà delle ricostruzioni prospettate¹⁶⁸, si è sottolineato come la soluzione alla problematica così posta possa desumersi dal terzo ed ultimo comma dell'art. 35 cod. cons.¹⁶⁹, a mente del quale il principio della interpretatio contra proferentem non si applica nei procedimenti inibitori instaurati ai sensi dell'articolo 37 cod. cons.

¹⁶⁷ **GIAMMARIA P.**, *sub 1469 quater*, cit., in part.1026.

¹⁶⁸ Sul punto, **DI GIOVANNI D.**, *sub art. 1469 quater*, cit., in part. 375 ss., il quale sottolinea la necessità di distinguere da un lato la questione della validità della clausola e dall'altro quella della sua interpretazione.

¹⁶⁹ Tale norma è stata introdotta nel 1999, e precisamente dall'art. 25 della legge 21 dicembre 1999, n. 526, a seguito delle indicazioni espresse dalla Commissione CE in

A fondamento di tale ultima norma vi è chiaramente l'esigenza di evitare che i professionisti, in sede di ricorso avverso clausole dagli stessi predisposte, possano evitarne la declaratoria di vessatorietà sostenendo l'applicazione del criterio dell'interpretazione più favorevole al consumatore, e garantendosi in tal modo la sopravvivenza della clausola medesima e della situazione in concreto ad essi più vantaggiosa.

Il legislatore sembra, così, aver rafforzato l'efficacia rimediabile dell'inibitoria, prendendo posizione per la rimozione della clausola di dubbia interpretazione e non per il suo mantenimento.

Pertanto, pare che il comma 3 dell'art. 35 cod. cons. debba essere interpretato come se dicesse che in caso di dubbio sul senso di una clausola debba prevalere l'interpretazione più sfavorevole al consumatore, ma solo ove ci si trovi nei casi di cui all'art. 37 cod. cons.: in tal modo, si escluderebbe l'applicazione della regola dell'interpretazione contro l'autore della clausola, oltre al principio di conservazione di cui all'art. 1367 c.c. – che condurrebbero ai medesimi risultati – e si garantirebbe l'esperibilità dell'inibitoria¹⁷⁰.

In considerazione della menzionata previsione in tema di azione inibitoria, volta ad evitare usi pretestuosi della stessa, si è osservato come, in caso di possibile duplice interpretazione delle clausole ambigue, il criterio da seguire sia quello volto ad effettuare una valutazione comparativa fra i diritti e gli obblighi che ciascuna interpretazione può far sorgere in capo al consumatore. Sulla base di tale comparazione si dovrebbe verificare quale interpretazione conduce all'esito concretamente più favorevole per il consumatore stesso, il che può anche tradursi nella declaratoria di vessatorietà.

occasione di un procedimento di infrazione avviato contro lo Stato italiano per imperfezioni nel recepimento della Direttiva 93/13.

¹⁷⁰ **DE CRISTOFARO G.**, *Le modifiche apportate dalla legge comunitaria 1999 al capo XIV-bis del titolo II del libro IV del codice civile: ultimo capitolo della tormentata vicenda dell'attuazione della direttiva 93/13/CEE?*, in *Studium iuris*, 2000, 4, 398 ss., in part. 398 ss..

Tuttavia, si è fatto notare che la finalità perseguita dal legislatore europeo, attraverso la direttiva 93/13/CEE, consiste nel ripristinare l'equilibrio tra le parti, salvaguardando al contempo, in linea di principio, la validità del contratto nel suo complesso, e non nell'annullamento di qualsiasi contratto contenente clausole abusive. Difatti, occorre rilevare che sia il tenore letterale dell'articolo 6, par. 1, della direttiva 93/13/CEE sia le esigenze di certezza giuridica delle attività economiche depongono a favore di un approccio obiettivo in sede di interpretazione di detta disposizione, e conseguentemente la peculiare posizione di una delle parti del contratto, ossia il consumatore, non può essere presa in considerazione quale criterio determinante per disciplinare la sorte futura del contratto. Dunque, l'art. 6, par. 1, della direttiva 93/13/CEE non può essere interpretato nel senso che, nel valutare se un contratto contenente una o diverse clausole abusive possa essere mantenuto in vigore in assenza di dette clausole, il giudice adito può basarsi unicamente sull'eventuale vantaggio, per il consumatore, derivante dall'annullamento di detto contratto nel suo complesso¹⁷¹.

E' innegabile che vi possano essere dei casi in cui, in concreto, gli interessi dei consumatori potrebbero concretamente essere meglio tutelati dalla qualificazione della clausola come

¹⁷¹ Ciò posto, occorre nondimeno rilevare che la direttiva 93/13/CEE ha effettuato solo un'armonizzazione parziale e minima delle legislazioni nazionali relativamente alle clausole abusive, riconoscendo al contempo agli Stati membri la possibilità di garantire un livello di tutela per i consumatori più elevato di quello previsto dalla direttiva stessa, potendo essi (art. 8) «*adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla (...) direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il Trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore*» (Corte di Giustizia, 3 giugno 2010, *Caja de Aborros y Monte de Piedad de Madrid*, C-484/08, Racc. pag. I-4785, punti 28 e 29). Di conseguenza, niente osta a che uno Stato preveda una normativa che, nel rispetto del diritto dell'Unione, permetta di dichiarare la nullità complessiva di un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore e contenente una o più clausole abusive, qualora ciò risulti garantire una migliore tutela del consumatore (Corte di Giustizia *Jana Pereničová, Vladislav Perenič contro SOS financ, spol. s r.o.*, Corte Giust., I sez., 15 marzo 2012, causa C-453/10).

abusiva, con conseguente sanzione di nullità, piuttosto che da una sua interpretazione secondo il significato in astratto più favorevole al consumatore e dunque tale da espungerne i profili di vessatorietà¹⁷².

Del resto sembra essere questo il motivo, ossia assicurare l'eliminazione dai contratti del consumatore delle clausole abusive, per cui l'art 5 della direttiva esclude la possibilità di una simile interpretazione nelle procedure ex art 72 della medesima direttiva, e cioè nelle azioni di inibitoria¹⁷³.

Il paradosso di un'interpretazione favorevole al consumatore che si risolve in un pregiudizio concreto agli interessi dello stesso non sembra comunque poter condurre a contestare radicalmente l'adeguatezza dello strumento ermeneutico di cui all'art. 35, comma 2 cod. cons. alla tutela del consumatore, e in quest'ottica¹⁷⁴ sembrerebbe un mero fraintendimento addebitare alla direttiva e alla disciplina di attuazione di essersi limitate a prevedere, come conseguenza della violazione del dovere di chiarezza, non una regola sostitutiva della volontà delle parti in via di integrazione eteronoma ma solo un'interpretazione contra proferentem¹⁷⁵. Seguendo questo orientamento si finirebbe per accreditare la possibilità che una regola di comportamento – l'obbligo di redigere le clausole in modo chiaro e comprensibile – si trasformi in una regola di validità e dia luogo, in caso di violazione, ad un'eterointegrazione della regola privata da parte dell'ordinamento¹⁷⁶.

Poniamo che, dinanzi alla clausola oscura, si pongano come alternative due interpretazioni: la prima che circoscrive il vantaggio del professionista senza compromettere la validità della

¹⁷² **ROPPO V.**, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, cit., in part. 106 s.

¹⁷³ **SCOGNAMIGLIO C.**, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., in part. 963; **RIZZO V.**, *Trasparenza e contratti del consumatore (la novella al codice civile)*, cit., in part. 99.

¹⁷⁴ **SCOGNAMIGLIO C.**, *op. cit.*, in part. 963

¹⁷⁵ **SCIARRONE ALIBRANDI A.**, *op. cit.*, in part. 727s.

¹⁷⁶ **SCOGNAMIGLIO C.**, *op. cit.*, in part., 963s.

clausola; la seconda, almeno all'apparenza la meno favorevole, che giudica abusiva la clausola stessa.

A parere di alcuni¹⁷⁷ è paradossale considerare la seconda interpretazione, che conduce alla declaratoria di vessatorietà e dunque di nullità, quella con effetti in concreto più vantaggiosi per il consumatore, in quanto sarebbe come ammettere che l'art. 36, comma 3 cod. cons. possa assorbire l'ambito di operatività dell'art. 35, comma 2 cod. cons. Difatti, perlomeno rari, se non residuali, sarebbero i casi in cui la conservazione della clausola opaca, nella sua accezione più favorevole al consumatore, verrebbe a prevalere sulla sua elisione¹⁷⁸.

Ovviamente, il quadro muterebbe se si ritenesse che quando una clausola preformulata opaca si presti a due interpretazioni debba prevalere sempre quella che esclude l'abusività.

Detta soluzione, però, sembrerebbe sottendere che si continui a riservare un ruolo di rilievo all'art. 1367 c.c. nell'area dei rapporti tra consumatore e professionista.

Tuttavia, gli ambiti applicativi dell'abusività e dell'intrasparenza, ed in altri termini quelli della disciplina della vessatorietà e dell'interpretazione più favorevole al consumatore, pur nominalmente distinti appaiono toccarsi ed anzi fatalmente impingere l'uno nell'altro, tant'è che spesso l'intrasparenza viene ritenuta sinonimo o sintomo di abusività.

Ci si è chiesti in dottrina, invero, se la differenziazione tra i primi due commi dell'art. 35 cod. cons. si rifletta sulla diversa sanzione da collegare alle due ipotesi ivi previste in caso di loro violazione¹⁷⁹, tenendo comunque presente che, effettivamente, l'art. 35 cod. cons. non si esprime riguardo ad una sanzione diretta per la violazione dell'obbligo di predisporre

¹⁷⁷ Così, **ROPPO V.**, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, cit., in part. 295.

¹⁷⁸ Elisione che comporta una lacuna del regolamento contrattuale colmabile, a parere dei più, mediante quel diritto dispositivo più utile al consumatore.

¹⁷⁹ Nella vigenza del 1469 quater c.c., **GIAMMARIA P.**, *sub 1469 quater*, cit., in part.1026, riteneva che fosse inefficace la clausola non trasparente o non chiara ed efficace, ma con il limite dell'interpretazione sfavorevole al professionista la clausola conoscibile ma di dubbia interpretazione.

clausole chiare e comprensibili, e che del resto l'art. 36, comma 1 cod. cons. dichiara vessatorie soltanto le clausole di cui agli artt. 33 e 34 cod. cons.

In dottrina sono state formulate diverse teorie circa le conseguenze della violazione del generale precetto di cui al primo comma della norma e dunque dell'obbligo di trasparenza.

Ci si è chiesti, in particolare, se l'obbligo di "parlare chiaro" individui un requisito a sé stante che possa autonomamente fondare il giudizio di vessatorietà, o se, piuttosto, sia da qualificare in termini di presupposto o di elemento indicativo della vessatorietà medesima.

...una prima tesi: il difetto di trasparenza come un mero indice

Una prima tesi considera il difetto di trasparenza un mero indice da affiancare ad altri parametri al fine di far scattare una sanzione. Detta tesi viene usualmente supportata con il mancato richiamo tra l'articolo in esame ed il successivo art. 36, o con la considerazione che lo squilibrio determinante la vessatorietà di una clausola è tutto da dimostrare dinanzi ad una clausola incomprensibile o non chiara, dovendo l'interprete, prima di dichiarare la vessatorietà, fare una verifica ulteriore sulla presenza dello squilibrio a vantaggio del predisponente¹⁸⁰.

...una seconda tesi: il difetto di trasparenza come un'autonoma ipotesi di vessatorietà

Da alcuni si argomenta che leggere il difetto di trasparenza quale indice di vessatorietà condurrebbe ad uno svuotamento sostanziale della norma in parola: la non trasparenza individuerebbe, infatti, un ambito più ampio ed esteso della vessatorietà e non la presupporrebbe; pertanto, introdurre la distinzione tra clausole non trasparenti vessatorie e non vessatorie apparirebbe scarsamente rilevante da un punto di vista operativo.

A tale premessa conseguirebbe l'idoneità della violazione dell'obbligo di trasparenza a fondare autonomamente la declaratoria di nullità della clausola, essendo tale da impedire la

¹⁸⁰ **LENER G.**, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, cit., in part. 152 ss.; **DI GIOVANNI D.**, *sub art. 1469 quater*, cit., in part. 375 ss.

valida formazione dell'accordo, a prescindere da ogni altra valutazione in termini di vessatorietà¹⁸¹.

Questa tesi, dunque, fa discendere immediatamente e direttamente dalla violazione del precetto una sanzione, affermando che la clausola intrasparente integra un'autonoma ipotesi di vessatorietà, da sanzionarsi con un'autonoma pronuncia di inefficacia¹⁸².

Invero, l'opinione appena riferita non pare trovare supporto nel dato positivo, in quanto l'art 35, comma 1 cod. cons. non fa riferimento al termine vessatorietà e nell'art. 33 cod. cons., del resto, non viene menzionata la trasparenza¹⁸³.

Tuttavia, sembra orientata in quest'ultimo senso quella giurisprudenza per la quale, se per applicare la sanzione il giudice dovesse fare un accertamento ulteriore sulla concreta esistenza del pregiudizio, rimarrebbe privo di significato l'obbligo di trasparenza, e che conseguentemente ritiene la non trasparenza un'ipotesi di vessatorietà della clausola in quanto detto requisito è uno strumento per il raggiungimento dell'equilibrio contrattuale¹⁸⁴.

Premesso che dalla lettura dell'art. 34, comma 2 cod. cons. emerge come la mancanza di trasparenza delle clausole relative all'oggetto del contratto e all'adeguatezza del corrispettivo estenda la valutazione di vessatorietà anche a suddette previsioni, una parte della dottrina individua nella non trasparenza della formulazione delle clausole negoziali un elemento idoneo a fondare il giudizio di vessatorietà, ma in quanto manifestazione di contrarietà a buona fede, seppure da valutarsi nel più ampio ambito di detto sindacato. In tal modo, si evidenzia un nesso tra la valutazione della vessatorietà e l'indagine sulla

¹⁸¹ **GIAMMARIA P.**, *sub 1469 quater*, cit., in part. 1023-1025.

¹⁸² **MASUCCI S.T.**, *Art. 1469 quater*, cit., in part. 155; **GIAMMARIA P.**, *sub art. 1469 quater*, cit., **MORELATO E.**, *Nuovi requisiti di forma nel contratto: trasparenza contrattuale e neoformalismo*, cit., Trib. Roma 7.07.1999.

¹⁸³ **SIRGIOVANNI B.**, *Interpretazione del contratto non negoziato con il consumatore*, cit., in part. 758; **DI GIOVINE G.**, *sub art 1469 quater*, cit., in part. 595.

¹⁸⁴ App. Roma, 24.09.2002; Trib. Roma, 21.01.2000; Trib. Bergamo, 10.05.2005; Trib. Roma, 3.03.2005.

mancanza di trasparenza, nesso che, nelle varie ricostruzioni, può manifestarsi più o meno stretto¹⁸⁵.

Nell'ambito di detta teoria, è da segnalare quell'orientamento che intende l'obbligo in parola quale estrinsecazione del più generale obbligo di comportamento secondo buona fede e correttezza rilevante nella fase precontrattuale e, pertanto, quale criterio di valutazione del comportamento del contraente-professionista¹⁸⁶.

Per altri, in virtù di un collegamento sistematico tra 35, comma 1 e 36, comma 1 cod. cons. e tra i principi di trasparenza e di prevenzione dello squilibrio, la sanzione diretta rispetto al difetto di trasparenza sarebbe un'ipotesi di vessatorietà della clausola ex art. 36, comma 1 cod. cons.¹⁸⁷.

¹⁸⁵ **RIZZO V.**, *Trasparenza e contratti del consumatore (la novella al codice civile)*, cit., in part. 59 ss.; **BARENGHI A.**, *sub art. 1469-bis*, cit., in part. 44. Per le questioni relative, in particolare, al rapporto tra validità e regole di correttezza, vedasi. **D'AMICO G.**, *“Regole di validità” e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996.

In giurisprudenza, Trib. Roma, 21 gennaio 2000.

¹⁸⁶ Cfr. **SIRENA P.**, *sub art. 1469 quinquies*, in (a cura di) E. Gabrielli, E. Minervini (a cura di), *I contratti dei consumatori.*, Torino, 2005, in part. 152.

¹⁸⁷ **RIZZO V.**, *Trasparenza e contratti del consumatore (la novella al codice civile)*, Napoli, cit., in part. 59 ss., per il quale la violazione dell'obbligo di trasparenza farebbe sorgere in capo al consumatore il diritto di azionare, anche in via cumulativa, il rimedio risarcitorio (secondo la disciplina della responsabilità precontrattuale), l'interpretazione più favorevole nonchè quello invalidatorio poiché l'assenza di trasparenza potrebbe configurarsi come una forma di vessatorietà. Così anche **SIRGIOVANNI B.**, *op. cit.*, in part. 759, purchè la scelta tra i rimedi sia data al solo consumatore e purchè il difetto di trasparenza sia da considerare non elemento sintomatico della vessatorietà bensì, in base al combinato disposto tra 35, comma 1 e 34 comma 2, un presupposto per assoggettare al giudizio di vessatorietà clausole che ne sarebbero altrimenti sottratte e cioè le clausole che individuano oggetto e corrispettivo; **BARENGHI A.**, *sub art. 1469-bis*, cit., in part. 44. Per le questioni relative, in particolare, al rapporto tra validità e regole di correttezza, **V. D'AMICO**, *“Regole di validità” e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit.

Tra le varie opinioni, inoltre, ve ne è una che fa discendere dalla violazione della prescrizione di trasparenza la mera applicazione dell'*interpretatio contra stipulatorem*¹⁸⁸, con ciò creando una sovrapposizione tra i primi due commi dell'art. 35 cod. cons., che tuttavia non è affatto scontata: difatti, da una parte, il dubbio potrebbe non derivare dalla mancanza di chiarezza e, d'altra parte, un testo non comprensibile non comporta dubbio ma soltanto oscurità.

Da ciò discende, per alcuni Autori, che il secondo comma della norma in parola sarebbe soltanto una delle sanzioni riconducibili alla violazione dell'obbligo di trasparenza¹⁸⁹, mentre per altri¹⁹⁰ il medesimo sarebbe non un canone ermeneutico della mancanza di trasparenza prevista dal comma precedente bensì un criterio indipendente, non concernendo le ipotesi di mancanza di chiarezza e comprensibilità di cui al comma 1 (ossia ipotesi di oscurità) ma ipotesi di ambiguità (e dunque ipotesi di pluralità di possibili significati di una clausola).

Ancora, per alcuni l'art. 35, comma 1 cod. cons. costituirebbe un'ipotesi speciale di responsabilità precontrattuale che potrebbe definirsi oggettiva, in quanto si realizzerebbe per il solo fatto che il professionista abbia usato un testo non chiaro ovvero non comprensibile.

Il consumatore, dato lo stretto collegamento tra tale comma e quello successivo, in presenza di una clausola non trasparente avrebbe la facoltà di scegliere tra l'attribuzione alla clausola del significato più favorevole e l'invalidità¹⁹¹.

Se è vero che detta tesi ha il pregio di collegare i commi 1 e 2 della norma in parola evitandone la sovrapposizione, tuttavia essa da un lato non prende in considerazione il

¹⁸⁸ **SALANITRO N.**, *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive e la disciplina dei contratti bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, I, 550 ss.

¹⁸⁹ **SIRGIOVANNI B.**, *op. cit.*, in part. 757.

¹⁹⁰ **STELLA RICHTER G.**, *op. cit.*, in part. 1027 ss.

¹⁹¹ **GENOVESE A.**, *Contratto standard e interpretazione oggettiva*, cit., in part.147.

rapporto esistente tra gli artt. 35, comma 1 e 34, comma 2 cod. cons. e dall'altro, considerando l'assenza di trasparenza una causa di inefficacia di una o più clausole, esula dal dato positivo, visto che non sembra rinvenibile nel sistema alcuna disposizione che colleghi all'obbligo di redigere le clausole in modo chiaro e comprensibile la sanzione dell'inefficacia.

Riconnette all'inadempimento dell'obbligo di chiarezza e comprensibilità il rimedio risarcitorio *altra* Dottrina¹⁹², escludendo che il dovere incombente sul professionista possa configurarsi quale mero onere di parlare chiaro, il mancato assolvimento del quale semplicemente gli precluderebbe la possibilità di far prevalere il significato a lui più favorevole¹⁹³.

*Altra ipotesi*¹⁹⁴ ricostruttiva ritiene che la violazione dell'obbligo di trasparenza faccia sorgere in capo al consumatore il diritto di esperire diversi rimedi, i quali, laddove compatibili, potrebbero operare cumulativamente. Sarebbero configurabili, quindi: il risarcimento del danno secondo la disciplina della responsabilità precontrattuale; l'applicazione dell'interpretazione più favorevole; la sanzione della nullità, in quanto l'assenza di trasparenza potrebbe configurarsi quale forma di vessatorietà. Peraltro la mancanza di chiarezza e comprensibilità non comporterebbe necessariamente e automaticamente la presenza della vessatorietà, che andrebbe invece verificata caso per caso, ma potrebbe comunque costituire uno degli elementi sintomatici di quest'ultima.

Tra i seguaci di detta tesi c'è, altresì, chi¹⁹⁵ precisa, in primo luogo, che la scelta tra i possibili rimedi andrebbe rimessa solo al consumatore e, in secondo luogo, che il difetto di

¹⁹² **SCOGNAMIGLIO C.**, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, cit., in part. 947 ss.

¹⁹³ **SIRGIOVANNI B.**, *op. cit.*, in part. 758.

¹⁹⁴ **RIZZO V.**, *Art. 1469 quater c.c.*, cit., in part., 788; **RIZZO V.**, *Trasparenza e contratti del consumatore (la novella al codice civile)*, cit., in part. 54;

¹⁹⁵ **SIRGIOVANNI B.**, *op. cit.*, in part., 758-759.

trasparenza non potrebbe atteggiarsi a elemento sintomatico della vessatorietà di una clausola, in quanto tale conclusione non sarebbe coerente col dato positivo, bensì potrebbe soltanto costituire, in base al combinato disposto degli artt. 35, comma 1 e 34, comma 2 cod. cons., un presupposto per assoggettare al giudizio di vessatorietà clausole che altrimenti ne sarebbero sottratte. Difatti, per l'art. 34, comma 2 cod. cons. le clausole relative al contenuto delle prestazioni, e in particolare quelle che fissano il corrispettivo di beni e servizi, sono sottratte al giudizio di vessatorietà purchè individuino detti elementi in modo chiaro e comprensibile; in questo caso il difetto di trasparenza svolgerebbe la funzione di estendere il campo di applicazione del giudizio di vessatorietà dallo squilibrio normativo a quello economico¹⁹⁶.

III.N) L'art. 34 cod. cons.

Secondo alcuni, dunque, il legislatore all'art. 34 cod. cons. ha fatto applicazione del criterio della trasparenza di cui all'art. 35, comma 1 del medesimo testo; conseguentemente, il mancato rispetto della chiarezza e comprensibilità nell'individuazione dell'oggetto del contratto e dell'adeguatezza del corrispettivo aprirebbe la strada al giudizio di vessatorietà, sebbene ciò possa apparire in contrasto con la logica del menzionato art. 35, comma 1, che sembra invece ispirata ad un principio di separazione tra i concetti di intrasparenza e di vessatorietà¹⁹⁷.

Dunque, come accennato, vi è chi ritiene che, seppur con formulazione equivoca, il legislatore abbia inteso applicare nell'art. 34 cod. cons. il criterio di trasparenza di cui all'art. 35¹⁹⁸.

¹⁹⁶ **CRISCUOLO F.**, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, Napoli, 2003, in part. 74; **MINERVINI E.**, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, cit., in part. 135

¹⁹⁷ **GIAMMARIA P.**, op. cit., in part.1019-1020.

¹⁹⁸ Così **MASUCCI S.T.**, *sub art. 1469-quater*, cit., in part. 163 e **GIAMMARIA P.**, *sub art. 1469 quater*, cit., in part. 1020.

Difatti, costituisce un'espressione di quell'obbligo di trasparenza nella redazione delle clausole contrattuali e nella loro prospettazione al consumatore – sancito in via generale dall'articolo 35 cod. cons. – anche l'art. 34 del medesimo testo, norma che, peraltro, fornisce un ulteriore esempio di come inesorabilmente si tocchino i campi applicativi della trasparenza e della vessatorietà. Può dirsi che il menzionato art. 34, in caso di violazione dell'obbligo di trasparenza, estende il campo del giudizio di vessatorietà. L'articolo in questione, difatti, sottrae al sindacato giudiziale di vessatorietà le clausole relative alla determinazione dell'oggetto del contratto ed all'adeguatezza del corrispettivo, ove le stesse siano formulate in modo chiaro e comprensibile. L'ambiguità e l'assenza di chiarezza legittimano pertanto, in applicazione del principio di buona fede, un ampliamento del potere conoscitivo dell'interprete alla congruità economica del contratto ed a quelle previsioni che sono direttamente espressione dell'autonomia negoziale delle parti.

Quanto precede si iscrive in un'ottica di tutela sostanziale della parte debole, proprio attraverso l'espansione del controllo e della valutazione giudiziale al cuore del negozio nel caso in cui vi sia il sospetto di un comportamento contrario a buona fede che si traduca nell'ambiguità della formulazione e nella difficoltà per il consumatore di comprendere il preciso significato del rapporto cui si vincola¹⁹⁹.

Meritano approfondimento due questioni a riguardo: in primo luogo, i presupposti per la declaratoria di vessatorietà della clausola di determinazione dell'oggetto del contratto formulata in termini ambigui²⁰⁰; in secondo luogo, il problema delle conseguenze per il caso in cui, legittimato il sindacato di vessatorietà sulle clausole, questo abbia esito positivo, implicando in tal modo la nullità della pattuizione determinativa dell'oggetto e, pertanto,

¹⁹⁹ cfr Trib. Firenze 19 agosto 2004; Trib. Firenze 4 febbraio 2003.

²⁰⁰ La problematica in oggetto si propone in termini analoghi anche per le ipotesi di violazione dell'obbligo di trasparenza di cui all'art. 35: si tratta cioè di stabilire se a tale violazione consegue automaticamente la dichiarazione di nullità, ovvero se essa rilevi quale criterio a sé stante di valutazione della vessatorietà.

dell'intero contratto. A quest'ultimo riguardo va precisato, invero, che ove l'oggetto, al di là della formulazione non chiara né comprensibile, sia indeterminato o indeterminabile, troverà applicazione la disciplina generale della nullità del contratto di cui all'art. 1418 comma 2 c.c..

Invero, arduo appare il compito di tracciare una netta distinzione tra le clausole concernenti l'oggetto e l'entità delle prestazioni principali dedotte in contratto e le clausole dedicate alla regolamentazione degli altri profili dell'accordo.

Infatti, da un lato vi è quasi sempre una reciproca interferenza tra la determinazione del contenuto strettamente economico dell'affare ed il regolamento negoziale attinente alle modalità, alle formalità, ai termini, alle condizioni di cui sono intessuti l'attuazione ed il funzionamento del rapporto contrattuale.

D'altronde, la determinazione dell'oggetto principale della prestazione, e il profilo dell'entità del prezzo o comunque del corrispettivo, risultano frequentemente dalla combinazione di una serie di clausole, la cui inerenza al profilo economico invece che a quello normativo è dubbia.

Di poca utilità appare la distinzione tra clausole che esprimono il contenuto economico dell'accordo e clausole che ne esprimono invece il regolamento normativo.²⁰¹

Il punto è, infatti, che permane sempre un certo margine di dubbio circa l'ascrivibilità di talune clausole all'una o all'altra categoria, proprio perché non è chiara, o può essere controversa, la reale portata della clausola o dei suoi effetti.

²⁰¹ Questa distinzione in alcune esperienze giuridiche è ancor più precisamente tratteggiata dalla legge. Ad esempio, in Germania, il § 8 dell'*AGB-Gesetz* delimita l'applicazione dell'*Inhaltskontrolle* alle «*clausole delle condizioni generali di contratto mediante le quali vengono pattuite regolamentazioni che derogano a disposizioni di legge o le integrano*», con espressione volta a definire le clausole «normative», invece che ad indicare i caratteri delle clausole relative alle prestazioni «principali», come fanno la Direttiva comunitaria n. 93/13 e le nostre norme di attuazione di essa.

Si pensi, per avere un esempio della difficoltà di riconoscere ad una clausola il ruolo di determinare l'oggetto principale del contratto, non soltanto alle divergenze esistenti in dottrina circa la definizione della nozione stessa di “oggetto del contratto” ma specialmente alle numerose controversie pratiche che sovente sorgono attorno al quesito se una certa clausola giovi a definire e a determinare l'oggetto del contratto (o della prestazione in esso dedotta) oppure no.

Anche con riguardo al profilo dell' adeguatezza del prezzo, anch'esso in linea di principio escluso dal controllo sotto il profilo della vessatorietà e dal conseguente emendamento del contratto, si danno ipotesi nelle quali il profilo attinente all'entità del corrispettivo subisce dirette e pesanti ripercussioni dall'operare di clausole dirette ad aggravare il rischio, la garanzia o i costi complessivi dell'affare sopportati dal consumatore o ad alterare, comunque, di fatto il prezzo indicato.

Queste clausole sovente soggiacciono alla valutazione di vessatorietà. Difatti, il legislatore, pur proclamando l'insindacabilità dell'adeguatezza del corrispettivo, non esita a dettare una presunzione di vessatorietà, ad esempio, per le clausole che consentono che il prezzo dei beni o dei servizi sia determinato al momento della consegna o della prestazione o che consentono al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto.

Tale difficoltà nel fissare un preciso limite tra clausole che esprimono il contenuto economico insindacabile del contratto e clausole che ne regolano l'assetto normativo, trova un componimento proprio attraverso l'operare della regola di trasparenza, ribadita nella disposizione dettata sulle c.d. core provisions.

La rilevanza della trasparenza si manifesta, in tale ambito, anzitutto nel caso nel quale la formulazione di una clausola, apparentemente volta a definire l'oggetto del contratto o della prestazione, sia in realtà preordinata, mediante un'insidiosa formulazione, ad

espropriare il consumatore di prerogative la cui sottrazione è da considerarsi vessatoria o abusiva. In tale ipotesi, in altri termini, si finisce per incorporare surrettiziamente nella definizione dell'oggetto o della prestazione principale profili attinenti piuttosto ai diritti ed alle facoltà azionabili dal consumatore nell'attuazione del rapporto.

Analogamente, essendo la determinazione dell'oggetto della prestazione utile a circoscrivere il rischio contrattuale assunto dall'autore della clausola, è necessario che la stessa sia priva di elementi tali da ostacolare l'operatività dei rimedi apprestati a tutela dell'interesse del consumatore a conseguire la prestazione o ad evitare di venire danneggiato dalle modalità di svolgimento del rapporto.

In detto contesto, il difetto di trasparenza esclude l'insindacabilità della clausola e consente la valutazione di vessatorietà della stessa.²⁰²

Invero, la violazione della regola di trasparenza vale ad escludere l'insindacabilità delle c.d. core provisions allorché la determinazione dell' oggetto o dell'entità del corrispettivo risultino non enunciati chiaramente, direttamente ed univocamente, ma risultanti da un meccanismo disciplinato nel contratto o da una combinazione di clausole.

In tal caso, ove la clausola manchi di trasparenza, l'assoggettività della stessa al sindacato circa la rispondenza del suo contenuto all'equilibrio richiesto dalla buona fede si spiega proprio con l'esigenza di salvaguardare il corretto funzionamento dei meccanismi del mercato, esigenza soddisfatta quando lo scambio cui è preordinato il contratto sia suscettibile di venir apprezzato, nella sua reale portata economica, grazie alla piena consapevolezza di tutti gli elementi che influiscono su tale aspetto.

²⁰² Cfr. **DI GIOVANNI F.**, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998, in part. 91 ss. , il quale porta ad esempio il caso in cui un operatore turistico adotti, nel concludere il contratto con il cliente, una definizione delle prestazioni promesse tale da eludere, tramite mere ambiguità verbali, le conseguenze del proprio inadempimento, come se promettesse una «*sistemazione nell' albergo X in camera disponibile alla data di arrivo, dotata dei seguenti servizi ...*»: dove non si capisce se la disponibilità a cui si accenna venga garantita o formi oggetto di una riserva.

Potrebbe sembrare, del resto, paradossale alla luce delle regole del mercato che il consumatore sia tutelato contro le insidie introdotte nell'assetto normativo del rapporto, e non anche quando la stessa portata economica dell'affare sia celata attraverso una rappresentazione oscura ed ingannevole.

Pertanto, è consentita una piena esplicazione dell'autonomia negoziale solo quando la determinazione degli elementi fondamentali dello scambio sia diretta, aperta, esplicita ed inequivoca.

Invece, le clausole mediante le quali non si fissa in modo chiaro e preciso il contenuto di quegli elementi, ma si predispongono un congegno contrattuale complesso e di non immediata comprensibilità da cui questi ultimi dovrebbero ricavarsi, non attengono all'ambito dell'autonomia contrattuale bensì sollevano una questione di tutela dell'equilibrio tra i contraenti.

In altre parole, nei casi di formulazione non trasparente delle c.d. core provisions finiscono per venire meno le stesse premesse per un corretto funzionamento del mercato e della concorrenza; la chiarezza e la comprensibilità nel definire l'oggetto della prestazione o l'entità del corrispettivo configurano, in definitiva, il contenuto di un onere del professionista, il mancato adempimento del quale provocherà la sottoposizione degli elementi fondamentali del contratto al controllo di vessatorietà.

Nel caso in cui sia accertato, sul presupposto del difetto di trasparenza, il carattere vessatorio di una clausola di determinazione dell'oggetto o dell'entità del corrispettivo, ci si può chiedere se, almeno in tale ipotesi, il difetto di trasparenza sia stato considerato dalla legge una ragione autonoma ed autosufficiente di abusività della clausola (prospettandosi così una distinzione tra casi di vessatorietà per squilibrio e casi di vessatorietà per difetto di trasparenza).

La norma in parola viene in evidenza, invero, quando le clausole volte a determinare l'oggetto della prestazione o l'entità del corrispettivo siano congegnate in modo tale da

esporre tali elementi a modificazioni impreviste od imprevedibili da parte del consumatore, che alterano a sorpresa il peso economico del contratto e comunque il sinallagma contrattuale.

Si pensi, ad esempio, a meccanismi di adeguamento automatico del prezzo o di indicizzazione dello stesso contemplati nella clausola di determinazione del corrispettivo contrattuale, e che, per la loro formulazione, rendano oscuro tale elemento e non agevolmente percepibile il reale onere economico del negozio.

In ipotesi di questo tipo, la possibilità di dare ingresso al controllo di vessatorietà apre altresì la via ad una correzione non distruttiva del contratto, trattandosi semmai di disapplicare quei congegni di insidiosa o surrettizia deformazione del contenuto dei patti, conservando esclusivamente gli aspetti non controversi di essi.

Invero, una valutazione in termini di vessatorietà della clausola relativa agli elementi fondamentali dello scambio è concepibile solo quando la clausola stessa non sia già di per sé caduca in ragione dell'assoluta mancanza di intelligibilità, e l'eventuale giudizio di vessatorietà metterà a rischio la sopravvivenza dell'intero contratto soltanto quando i profili che rendono la clausola oscura non siano distinguibili all'interno del suo complessivo contenuto.

A questo proposito, non va sottaciuto il rischio che detto effetto espansivo della vessatorietà della clausola finisca per andare contro lo stesso consumatore, che vedrebbe sacrificato il proprio interesse nell'affare.

Come già accennato, la diretta relazione istituita dall'art. 34 cod. cons. tra difetto di trasparenza e valutazione concernente il carattere vessatorio della clausola può far pensare che, nella fattispecie disciplinata dalla norma, tale ultimo carattere dipenda essenzialmente proprio dalla mancanza dei requisiti di chiarezza e comprensibilità che la regola di trasparenza esige.

Da qui a ravvisare nel difetto di trasparenza una causa di vessatorietà autonoma il passo è stato breve per parte della.

Tale indirizzo, tuttavia lascia perplessi nella misura in cui esso sembra risolversi si risolve in un contestuale travisamento sia del multiforme ruolo della trasparenza sia del concetto di significativo squilibrio.

Anche sotto il profilo testuale, la norma in parola, nella quale si collegano il difetto di trasparenza e la valutazione di vessatorietà, non considera la mancanza dei requisiti di chiarezza e comprensibilità come oggetto e contenuto del controllo circa il carattere abusivo della clausola, bensì come premessa di tale controllo: la violazione della regola di trasparenza apre la questione della vessatorietà ma non la risolve.

Inoltre, facendo del difetto di trasparenza una causa di vessatorietà, si perde la complessità della regola di chiarezza e di comprensibilità delle clausole, finendo per appiattirne il significato sul controllo circa la validità del contratto concluso.

Peraltro, il carattere vessatorio della clausola non dipende dall'esistenza di un qualsivoglia squilibrio sostanziale, bensì dalla circostanza che lo squilibrio sia qualificato dall'incompatibilità con il requisito della buona fede. Invero, uno dei modi in cui si manifesta la contrarietà a buona fede dell'assetto di interessi realizzato dalla clausola consiste proprio nel carattere in trasparente di questa.

Il carattere abusivo della clausola, perciò, si ricava dall'esame sintetico dello squilibrio che essa introduce e del modo in cui esso è introdotto, e rispetto a quest'ultimo profilo viene in considerazione anche (e talora soprattutto) la regola di trasparenza.

Ne deriva che il ruolo peculiare del difetto di trasparenza ai fini del controllo circa il carattere vessatorio della clausola sia quello di indizio o elemento sintomatico di tale carattere, in considerazione del fatto che la trasparenza altro non è che un aspetto della buona fede, ossia del parametro alla stregua del quale va valutata la giuridica rilevanza dello squilibrio sostanziale introdotto dalla clausola.

Il controllo circa il carattere vessatorio della clausola non ha, dunque, un duplice possibile oggetto (lo squilibrio oppure il difetto di trasparenza), bensì sempre il medesimo oggetto (lo squilibrio caratterizzato dalla contrarietà a buona fede, della quale il difetto di trasparenza è elemento sintomatico). D'altro canto, non si potrebbe nemmeno adottare una appagante definizione di «squilibrio contrattuale» se non collegandola alle regole dell'agire correttamente, regole tra le quali la trasparenza occupa una posizione di rilievo preminente. Quanto ai rapporti tra vessatorietà e trasparenza, con specifico riferimento all'art. 34 cod. cons., varie sono state le ricostruzioni.

Un primo orientamento dottrinario ha sostenuto come l'assenza di chiarezza e di comprensibilità della formulazione sia di per sé idonea a fondare il giudizio di vessatorietà. Anzitutto si può obiettare a questo orientamento che, così ragionando, si potrebbe determinare una situazione peggiorativa per il consumatore: dalla predisposizione non trasparente dell'oggetto del contratto deriverebbe in via automatica la declaratoria di vessatorietà, quindi la nullità della clausola e, come indicato, dell'intero contratto. Si aprono, in tal modo, spazi per possibili abusi ed elusioni da parte del professionista, mentre si priva il consumatore delle utilità che potrebbero venirgli dal contratto²⁰³. La conseguente nullità della clausola ambiguamente formulata, colpendo un elemento essenziale e strutturale del contratto, ne determina la caducazione globale.

Altro orientamento osserva come si debba dare della norma una lettura tale da escludere l'automatico giudizio di vessatorietà come conseguenza dell'ambiguità e della mancanza di chiarezza nella formulazione delle clausole determinative dell'oggetto o della congruità del corrispettivo²⁰⁴: la violazione dell'obbligo di trasparenza, invero, apre la possibilità per il

²⁰³ Così tra gli altri, **PODDIGHE E.**, *I contratti con i consumatori. La disciplina delle clausole vessatorie*, cit., in part. 141.

²⁰⁴ Così **BARENGHI A.**, *op. cit.*, in part. 47; **CASOLA M.**, *op. cit.*, in part. 130; **LENER G.**, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, cit., in part. 152; **Contra SIRENA P.**, *sub art. 1469 bis*, in Alpa G., Patti S. (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti*

giudice di sindacare clausole contrattuali altrimenti precluse, estendendo il generale giudizio di vessatorietà.

La lettera del comma 2 dell'art. 33 cod. cons., si osserva, non sembra spingersi fino a fondare ipso iure un giudizio positivo di abusività di pattuizioni formulate in modo oscuro – a tutto danno del consumatore – ma si limita ad ampliare l'oggetto del sindacato giudiziale alla dimensione della congruità economica del sinallagma: la mancanza di trasparenza espande la valutazione sottoponendovi anche quelle clausole che, altrimenti, in ossequio al principio di autonomia privata, risultavano escluse.

Se questo è il significato e la ratio della disposizione, quelle clausole – generalmente sottratte al giudizio di vessatorietà – vi saranno sottoposte secondo gli ordinari canoni e metodi interpretativi.

L'accertamento di vessatorietà non assume, cioè, carattere automatico, ma occorrerà verificare in concreto la sussistenza di un significativo squilibrio tra le parti, contrario a buona fede, facendo ricorso ai meccanismi di accertamento, ivi compresi i criteri ermeneutici di cui all'art. 34 cod. cons..

Deve tuttavia considerarsi come le differenze tra le due interpretazioni tendano a sfumare nel momento in cui, anche accedendo al secondo orientamento e rigettando l'automaticità di giudizio, l'ambiguità e l'oscurità della redazione delle clausole non possono non assumere, in concreto, particolare rilievo nella valutazione giudiziale di vessatorietà delle stesse.

Ad ogni modo, qualora si pervenga (in modo automatico o a seguito di valutazione espletata secondo i criteri di legge) alla declaratoria di vessatorietà, il carattere strutturale ed essenziale delle clausole dichiarate vessatorie assume una rilevanza particolare: la nullità che

con i consumatori. Commentario agli articoli 1469 bis – 1469 sexies del codice civile, Milano, 2003, 563 ss.

colpisce la previsione (per esempio, quella relativa alla determinazione dell'oggetto del contratto) determinerebbe la caducazione del contratto nella sua globalità.

Parte della dottrina, al fine di tutelare anche in questa sede la parte debole e, segnatamente, l'interesse del consumatore alla conservazione del contratto, osserva come tale conclusione si ponga in contrasto con l'esigenza di fornire una protezione rafforzata al consumatore medesimo e con il principio di conservazione del contratto che – sempre per ragioni di tutela del contraente debole – fonda la scelta sottesa all'art. 36, comma 1 cod. cons.

Si è proposto quale soluzione alternativa il ricorso alla determinazione giudiziale dell'oggetto del contratto, strumento che consentirebbe al giudice di sostituirsi alle parti e di salvare il contratto e l'interesse del consumatore²⁰⁵.

In senso contrario si è osservato come un intervento giudiziale correttivo, che incida sull'assetto negoziale del contratto in modo così rilevante, non trova, allo stato, alcun fondamento giuridico²⁰⁶; invero, pur nel vivace dibattito tuttora aperto ed alimentato dalle istanze di provenienza europea sul ricorso a strumenti correttivi giudiziali, il nostro ordinamento conosce tecniche ben definite e delimitate di intervento equitativo e di integrazione delle clausole.

III.O) Notazioni sparse sul tema

La presenza di svariati standards nazionali di trasparenza, peraltro, non facilita certo la disamina di detto precetto.

La versione tedesca della trasparenza, di elaborazione giurisprudenziale e sorta sulla scorta del § 9, Absatz 1 AGBG, presenta un contenuto decisamente ricco, certamente non svilito dal vigente § 307, Absatz 1, Satz 2 BGB.

²⁰⁵ **BARENGHI A.**, *op. cit.*, in part. 19 e 50; **CASOLA M.**, *op. cit.*, in part. 131, 99).

²⁰⁶ **CIAN G.**, *op. cit.*, in part. 419.

In detto ordinamento, la trasparenza è una regola di controllo procedimentale, in quanto finalizzata a verificare, ad esempio, se il consumatore abbia avuto piena consapevolezza dell'esistenza, accanto al prezzo base, di condizioni legittimanti il professionista a esigere un compenso aggiuntivo (per spese di imballaggio, trasporto, carico, ecc...).

In altri termini, detto ordinamento intende la trasparenza non tanto come canone di chiarezza quanto come qualità della clausola di suscitare l'attenzione del consumatore ovvero di sottrarsi ad essa, e conseguentemente come criterio utile a rivelare uno svantaggio inadeguato. Si tratta, dunque, di un criterio strumentale ad appurare la riconoscibilità di una determinata spesa in termini di costo supplementare o di arbitraria maggiorazione del prezzo, in ipotesi in cui il discrimine è un difetto di trasparenza come fatto preclusivo per il consumatore della comprensione del costo effettivo del servizio ricevuto, onde eventualmente rifiutarlo.²⁰⁷

Invero, la giurisprudenza italiana dell'ultimo decennio, sebbene non uniformemente, si è mostrata propensa a ragionare nel senso che l'oscurità della clausola possa fungere da presupposto qualificato ed idoneo ad innescare una declaratoria di vessatorietà, in quanto fonte di squilibrio²⁰⁸.

Detta rappresentazione parrebbe avvicinarsi all'idea di un difetto di trasparenza che rilevi, altresì, come strumento attraverso il quale si svolge la clausola generale di cui all'art. 33, comma 1 cod. cons.

Un simile approccio sembrerebbe quello del Draft Common Frame of Reference (art. II-9:402), dal momento che esso considera unfair la clausola inclusa, in un contratto con il consumatore, violando l'obbligo di trasparenza.

²⁰⁷ **PAGLIANTINI S.**, voce "*Trasparenza contrattuale*", cit., in part. 1299 ss. ; **FARNETI M.**, *La vessatorietà delle clausole "principali" nei contratti del consumatore*, Padova, 2009, in part. 350 ss. e 360 ss.

²⁰⁸ **BOZZI L.**, *Le clausole vessatorie sotto giudizio di abusività*, in *riv. dir. civ.*, 2003, II, 548 ss. Cfr anche **MINERVINI E.**, *Dei contratti del consumatore*, in part. 80.

Approcci di questo tipo vanno oltre rispetto all'idea della trasparenza come mero sinonimo di non opacità delle clausole o come dovere del professionista nel contrarre; in tali ricostruzioni, venendo in luce la garanzia di un consenso libero del consumatore, la trasparenza risulta un semplice presupposto di operatività dei rimedi risarcitori o di annullamento, appendici a loro volta di una responsabilità derivante dalla violazione di un dovere di trasparenza che abbia sviato la volontà.²⁰⁹

La prospettiva non muta molto, d'altronde, se si intende detto dovere come un onere per il predisponente di parlare chiaro²¹⁰; così, la trasparenza finisce per risolversi in un principio di autoresponsabilità, con conseguente inefficacia delle clausole non conoscibili (art. 1341, comma 1 c.c.) ed interpretazione contro l'autore della clausola (art. 1370 c.c.).

Una prospettiva di questo tipo non è accettata da coloro che declinano la trasparenza come forma, di protezione, del contratto tra professionista e consumatore²¹¹; si deve però considerare che prospetti, opuscoli informativi, conferme per iscritto, note d'ordine, copie, allegati e simili, sono formalità comunicative dell'informazione – non del contratto – e che

²⁰⁹ **PAGLIANTINI S.**, voce “*Trasparenza contrattuale*”, cit., in part. 1300 s.; **DI GIOVANNI D.** *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, cit., in part. 4; **SACCO R.**, Considerazioni conclusive, in *La vendita “porta a porta” di valori mobiliari a cura di Bessone e Busnelli*, Milano, 1992, 182; **D'AMICO G.**, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, cit., in part. 44 ss. e 146 ss.

²¹⁰ **SCOGNAMIGLIO C.**, L'interpretazione, in *Trattato dei contratti diretto da Rescigno e Gabrielli E.*, II, 2 ed., Torino, 2006, 1118 ss.

²¹¹ Ad esempio, **ROSSI CARLEO L.**, *Il diritto all'informazione della conoscibilità al documento informativo*, cit., in part. 368 ss.; **VENOSTA F.**, *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 872 ss.

lo scritto rappresenta solamente una modalità²¹² di adempimento dell'obbligo informativo.²¹³

Secondo altra prospettiva, potrebbe ritenersi la trasparenza come una regola concernente un modo di essere del contratto asimmetrico e, dunque, come una qualità o un connotato oggettivo di esso, più che una regola di comportamento.

Se la trasparenza è una qualità del contratto, la mancanza di essa – in un sistema caratterizzato dalla procedimentalizzazione vincolata del contratto²¹⁴ – apre le porte ad una valutazione di inaffidabilità del contratto stesso, rivelatrice di una carenza di libertà del consenso.

Seguendo questa linea, si instaura una congiunzione tra trasparenza ed affidamento.

Invero, segnali in tale direzione possono individuarsi già nell'originaria proposta di direttiva sulle clausole abusive²¹⁵, ed inoltre in una parte della dottrina che si è mostrata particolarmente interessata ad una nozione di vessatorietà comminata anche per evitare il rischio che il consumatore si trovi, dopo la stipula, invischiato in un rapporto contrattuale diverso, e peggiore, rispetto a quello che ragionevolmente avrebbe potuto prevedere al momento della conclusione²¹⁶.

²¹² Trattasi, peraltro, di una modalità che, ove manchi, non si ripercuote sulla validità del contratto, salvo che sia la legge a disporlo espressamente, come accade ad esempio nell'art. 100-bis, comma 3 TUF e nell'art. 4, comma 3 d.lgs 4 marzo 2010, n. 28.

²¹³ **PAGLIANTINI S.**, *op. cit.*, in part. 1301. Conseguentemente, pare opportuno evitare la sovrapposizione di due concetti quali trasparenza e neoformalismo che, pur in parte contaminatisi a vicenda, debbono rimanere distinti.

²¹⁴ **PAGLIANTINI S.**, *op. cit.*, in part. 1301.

²¹⁵ Si tratta della proposta, modificata, di direttiva del Consiglio, concernente le clausole inique nei contratti stipulati con i consumatori, COM (1992) 66 def., del 4 marzo 1992.

Cfr. **BUSNELLI F.D.**, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, cit., in part. 768.

²¹⁶ Vedasi **ROPPO V.**, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, cit., in part., 289 ss.

Sulla stessa scia sembra inserirsi anche il richiamo della versione originaria della proposta di direttiva sui diritti dei consumatori del 2008²¹⁷, segnatamente all'art. 32, ad una fattispecie di abusività parametrata sul modo in cui il contratto è stato redatto e trasmesso al consumatore.

Da quanto detto discende l'idea di una trasparenza come termine antifibologico, designante, da un lato, una regola di condotta (come formalizzata dall'art. 35, comma 1 cod. cons.) evocativa di un oggettivo vizio di formulazione delle clausole, dall'altro lato, uno strumento di contrasto alla sorpresa sul vincolo o sul contenuto, ossia una regola di protezione dell'affidamento.

Di questi due significati, invero, l'art. 35 menzionato incorpora soltanto il primo, il quale, però, si può declinare in vari modi, vista anche la formula dell'art. 34, comma 2 del medesimo testo, consentendo in definitiva al giudice di ridisegnare il regolamento negoziale in modo corrispondente e consono all'aspettativa del consumatore²¹⁸.

²¹⁷ Proposta di direttiva sui diritti dei consumatori, COM (2008) 614 def., del 8 ottobre 2008.

²¹⁸ **PAGLIANTINI S.**, *op. cit.*, in part. 1302. A questo proposito interessante **BITETTO A.**, *Il contratto di parcheggio: declino del potere normativo d'impresa e tutela del contraente debole nelle "quick hand transactions" (contratti di massa a conclusione rapida)!*, in *foro it.*, 2004, I, 2133 ss., la quale afferma come la sentenza Cass., 26 febbraio 2004, n. 3863, riconoscendo l'attitudine di un comportamento, per come percepito, a vincere sulle condizioni generali di contratto, introduce un "vero ribaltamento interpretativo a favore del cliente".

Cfr. **RIZZO V.**, Art. 1469 quater c.c., cit., in part. 1192.

Cfr. altresì le Conclusioni dell'avvocato generale Trstenjak nella causa *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c. Ausbanc*, C-484/08, §67.

La carenza del requisito della trasparenza, recando un difetto di leggibilità o comprensibilità, sfocia in una rettifica di significato che fa prevalere ex lege l'interpretazione più favorevole al consumatore ex art. 35, comma 2 cod. cons.²¹⁹

Ovviamente, ove sia compromessa l'intelligibilità stessa di un requisito essenziale, ai sensi dell'art. 1418, comma 2 c.c. cade l'intero contratto, in quanto compromesso nella sua stessa funzionalità.²²⁰

Altresì, come accennato, la trasparenza produce un ulteriore effetto; se in ragione della sua opacità la clausola finisce per introdurre surrettiziamente uno squilibrio normativo, allora si verifica un trascolorare della intrasparenza in una ipotesi di vessatorietà, che richiama come rimedio la nullità di protezione.²²¹

Per parte della dottrina è opportuno evitare di ricostruire il rapporto tra commi 1 e 2 dell'art. 35 cod. cons. in termini di presupposto-conseguenza, assorbente il valore precettivo della trasparenza.²²²

²¹⁹ Cfr. C. Giust. CE 9 settembre 2004, causa C-70/03, Commissione c. Regno di Spagna, in Racc. Giur. C. Giust., 2004, I-7999 ss. Cfr. altresì C. Giust., CE 10 maggio 2001, causa C-144/99.

Vedasi in dottrina **MICKLITZ H.W.**, *Obligation de clarté et interprétation favorable au consommateur*, in *La direttive "clauses abusives" cinq ans après. Conférence de Bruxelles 1-3.7.1999 (Commissione europea)*, Lussemburgo, 2000, 160 ss., in part. 164 che parla almeno di un vantaggio in termini di onere della prova, dovendo il consumatore eccepire soltanto la mancata chiarezza.

²²⁰ **MASUCCI S.T.**, *sub art. 1469-quater*, cit., in part. 144 s.

²²¹ Non si tratta evidentemente di considerare l'intrasparenza *ex se* come causa di significativo squilibrio, come ad esempio fa Trib. Roma, 24 marzo 1998.

²²² **FRANCESCHELLI V.**, *I contratti per adesione e l'interpretazione contro l'autore della clausola*, in Bianca C.M., Alpa G. (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, Padova, 1996, 465 ss., in part. 465; **SALANITRO N.**, *La direttiva comunitaria sulle clausole abusive e la disciplina dei contratti bancari*, cit., in part. 550 ss; **FORCHIELLI P.**, *Clausole abusive e disciplina vigente dell'interpretazione*, in Bianca C.M., Alpa G. (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con*

Ma, nonostante si declini il menzionato art. 35 come fondante un autonomo e separato giudizio di vessatorietà²²³, paiono registrarsi rilevanti differenze tra la disciplina italiana e quella tedesca²²⁴.

i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993, Padova, 1996, 462 ss.. La pensa diversamente, ad esempio, **DE NOVA G.**, *La novella sulle clausole vessatorie e la revisione dei contratti standard, in riv., dir, priv.*, 1996, 222 ss..

²²³ **GIORGIANI M.**, *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania*, Milano, 2009, in part. 189-197.

²²⁴ Vedasi **PAGLIANTINI S.**, voce *Trasparenza contrattuale*, cit., in part. 1303. L'affermazione si basa anzitutto sul riferimento fatto dal BGB al dovere di trasparenza come canone di sindacabilità formale del testo nella norma sul controllo contenutistico. Inoltre, e soprattutto, nel modo italiano di intendere la trasparenza manca un'opacità che trascolori *ex se* in vessatorietà, sul modello dell'art. §307 Absatz 1 Satz 2, per il quale uno svantaggio inadeguato o irragionevole può scaturire anche dal fatto che la clausola non sia stata predisposta in modo chiaro e comprensibile. In Italia, invece, si è preferito una trasparenza quale chiarezza del testo, che funge casomai da premessa idonea a svelare uno squilibrio nascosto; lo squilibrio mancherà, però, se lo svantaggio per il consumatore, ove gli effetti gravosi di una determinata clausola non risultino adeguatamente riconoscibili, rientra tra quelli ammessi dalla legge, ossia tra quelli validamente negoziabili, per dirla con la sentenza C. Giust. CE 21 novembre 2002 causa C-473/00 §23, *Cofidis*, con la conseguenza che legare costitutivamente la vessatorietà di una clausola con la vaghezza della sua formulazione avrebbe l'effetto paradossale di attribuire al consumatore un vantaggio validamente escluso dal contratto (così **DI GIOVANNI D.**, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, cit., in part. 86). E' stato eccepito che in realtà anche nel sistema tedesco solo la mancanza di trasparenza che si accompagna a uno svantaggio irragionevole può rendere inefficace una clausola (§307 Absatz 1 Satze 1-2) e che del resto sono sporadici i casi di clausole intrasparenti che non siano anche svantaggiose per il consumatore (vedasi in argomento **DE CRISTOFARO G.**, *L'inserimento nel BGB della disciplina delle condizioni generali di contratto*, in *La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti* a cura di Cian G., Padova, 2004, 328 s. e **CALVARI A.**, *Equilibrio normativo ed equilibrio economico nei contratti dei consumatori: dialogo tra la giurisprudenza italiana e tedesca*, in *Contr.*, impr. 2004, 1, 40 ss., in part. 70 s.). Senonchè, vi è chi spiega che dette esatte notazioni dipendono dal fatto che nell'esperienza tedesca l'attributo di vessatorietà

Ci si può chiedere se sia legittimo, fuori dai casi di violazione di un'analitica predeterminazione disposta ex lege – come nell'ipotesi di cui all'art.118, comma 2-bis TUB²²⁵ – proteggere il consumatore da clausole non già vessatorie ma, piuttosto, soltanto meno vantaggiose.

Senza il medio di un significativo squilibrio secondo i criteri dell'art. 3, §1 dir. n. 93/13/CEE, l'ambiguità lessicale potrebbe apparire uno strumento per attribuire surrettiziamente al consumatore dei profitti non previsti dal contratto²²⁶.

La trasparenza, peraltro, ove intesa come regola di governo del testo negoziale, ostativa all'inclusione di quelle clausole preformulate che, mancando di determinatezza, non possono considerarsi condivise, può rivestire interesse anche nella fase esecutiva del rapporto. Ai sensi dell'art 118, comma 3 TUB, ad esempio, le variazioni contrattuali sfavorevoli al cliente, per le quali non siano state rispettate le forme stabilite, sono inefficaci e, in sede di liquidazione del rapporto, trovano applicazione le condizioni pregresse; tutto ciò evidentemente accade perché le variazioni unilateralmente proposte mai sono state incluse nel regolamento contrattuale. L'art 118 citato, pertanto, sembra configurare

non è inteso come proprio della clausola determinante un significativo squilibrio nei modi di cui all'art. 33, comma 1 cod. cons. ma piuttosto come tratto della pattuizione che, in quanto aggrava la condizione dell'aderente, abbia poi l'effetto di precludergli una più matura negoziazione (**PAGLIANTINI S.**, voce *Trasparenza contrattuale*, cit., in part. 1303).

²²⁵ Detto comma afferma che, se il cliente non è un consumatore né una micro-impresa come definita dall'articolo 1, comma 1, lettera t), del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, nei contratti di durata diversi da quelli a tempo indeterminato di cui al comma 1 del medesimo articolo possono essere inserite clausole, espressamente approvate dal cliente, che prevedano la possibilità di modificare i tassi di interesse al verificarsi di specifici eventi e condizioni, predeterminati nel contratto.

²²⁶ C.Giust.CE 21 novembre 2002, causa C-473/00. Vedasi **DI GIOVANNI D.**, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, cit., in part. 86 e **PAGLIANTINI S.**, voce *Trasparenza contrattuale*, cit., in part. 1304.

un'inefficacia conseguente a un'ipotesi presunta iuris et de iure di non conoscibilità della nuova clausola²²⁷.

Una diversa considerazione della trasparenza la vede come sinonimo di requisito autonomo di vincolatività dell'atto di consumo; in altre parole, è trasparente il rapporto contrattuale tra professionista e consumatore che riproduca, secondo modalità vincolate infungibili, lo standard informativo che assicura o, comunque, che meglio tutela l'affidamento prevedibile del consumatore.

Così intesa, la trasparenza ha un contenuto specifico e funzionale al principio di autotutela responsabile del consumatore.

La trasparenza si delinea non solo come problema di appartenenza di una o più clausole al contratto ma come figura in cui si unisce la stretta interferenza che c'è tra il diritto in contrahendo a un'informazione tempestivamente adeguata sulla globalità delle clausole e l'attuarsi di una responsabile scelta di contrarre del consumatore.²²⁸

Se la trasparenza riassume sinteticamente il complesso delle informazioni trascese a contenuto del contratto²²⁹, ci sono diverse ragioni a supporto dell'idea che ogni carenza informativa, modificativa o alterante il significato complessivo del contratto, descriva un difetto di trasparenza. Con il tradursi dell'informazione in contenuto del rapporto tra

²²⁷ **DE NOVA G.**, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, 1993, 705 ss., in part. 718, **PAGLIANTINI S.**, *La nuova disciplina del cd. ius variandi nei contratti bancari: prime note critiche*, in *i contratti*, 2011, 191 ss.; **PAGLIANTINI S.**, voce *Trasparenza contrattuale*, cit., in part. 1306.

²²⁸ Detta interferenza, che si ritrova negli art. 124 commi 1 e 5 tub, 120 comma 3, 131, 183 comma 1 lett. b e 185 comma 4 cod. ass., è solo in apparenza di rilievo settoriale.

²²⁹ **CASTRONOVO C.**, *La responsabilità precontrattuale*, in Castronovo C., Mazzamuto S. (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 341 ss., in part. 341 ss.

professionista e consumatore²³⁰, infatti, non si è avuto solo il trapasso degli obblighi informativi da concretizzazione del dovere generale di comportarsi secondo buona fede a oggetto in cui si scompone il regolamento negoziale²³¹; piuttosto, si è riformulata ex lege la fattispecie del contratto predisposto, poichè, ove la predisposizione insidiosa o inadeguata sia stata posta in essere da un professionista e possa potenzialmente minare l'affidamento ragionevole della controparte su un certo tipo di esecuzione, non si tratta più di una mancata pienezza del consenso.

Deve pensarsi, invece, che contravvenire, attraverso clausole nascoste o carenti di un'espressa previsione inequivoca, al dovere di informare lealmente, a sua volta trasformi la trasparenza da regola sull'esistenza del consenso e sull'appartenenza di una clausola all'accordo a criterio di delimitazione dell'affidamento tutelabile del consumatore.²³²

Non viene in luce, in altre parole, una trasparenza come precetto a protezione delle ragionevoli aspettative ingenerate da una clausola ambigua e dunque opaca²³³, ma una trasparenza come garanzia che l'esecuzione del contratto rispecchi l'affidamento, formatosi in ragione di obblighi informativi convertitisi in modalità di contenuto del contratto sottoscritto.

²³⁰ **ROPPO V.**, L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano, e prospettive di diritto europeo, in riv. dir. priv., 2004, 752 ss.; **GRISI G.**, *Informazione (obblighi di)*, in Enc. , Annali IV, 2011, 604ss., in part. 621 ss.

²³¹ **ALESSI R.**, *I doveri di informazione*, in CASTRONOVO C., MAZZAMUTO S. (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 391 ss., in part. 408 ss.; **BARCELLONA M.**, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in eur. Dir. priv., 2008, 55 s.

²³² **DI GIOVANNI D.**, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, cit., in part. 78; **ANTONUCCI A.**, *Credito al consumo e zone limitrofe. Una scheda di lettura del d. legis. n. 141 del 2010*, in *Nuova giur. civ.*, 2011, II, 302 ss.

²³³ Come pare ritenere **BARENGHI A.**, op. cit., in part. 50.

In altri termini, si è detto²³⁴ che l'imperativo della trasparenza evoca un problema di portata degli effetti delle clausole contrattuali; invero, quanto precede, al di là dalla circostanza che tutto scaturisce non da una rilevanza dell'informazione come tale quanto dal suo incorporarsi nel contratto, la regola di trasparenza-affidamento neutralizza il deficit di necessaria informazione del consumatore tramite una correzione giudiziale del contratto ex art. 36, comma 3 cod. cons.

Si tratta di una correzione che può avvicinarsi, almeno per quanto concerne la censura verso ogni forma di integrazione extratestuale opaca (ex art. 1340 c.c.) e l'espunzione di ciò che si presta a trasformare il rapporto negoziale in un regolamento diverso²³⁵, al modello di cui agli art. 117, commi 6 e 7 e 125-bis, comma 7 TUB.

L'art. 117 citato predilige un modello di tipizzazione autoritativa del contenuto del negozio, assistito dal rimedio della sostituzione automatica, differenziata a seconda che essa avvenga tramite i tassi di legge o mediante le condizioni rese pubbliche e, ove l'obbligo di pubblicità non sia stato adempiuto, da un'integrazione circoscritta ai soli tassi di legge, nulla essendo dovuto per le altre operazioni e servizi (comma 7, lett. b).

Del resto, non vi è dubbio che l'art. 125-bis, comma 7 TUB presenti uno schema analogo di eterointegrazione nel caso di omissione del TAEG o di TAEG superiore a quello pubblicizzato. Il TAEG, espresso in punti percentuali, va difatti indicato espressamente, affinché non sorga un problema di trasparenza dei costi complessivi del credito al consumo.

Si potrebbe pensare, dunque, che qualora nel contratto l'indicatore del costo sia affidato al richiamo di molteplici spese accessorie, anche collocate separatamente, debbano ritenersi

²³⁴ **DI GIOVANNI D.**, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, cit., in part. 49; **ROPPO V.**, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, in part.18.

²³⁵ **DI GIOVANNI D.**, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, cit., in part. 50.

abusive poiché insufficientemente trasparenti le clausole riportanti un costo del credito riassunto così confusamente²³⁶.

Invece, per espungere da un contratto b2c delle clausole chiare ma sorprendenti rimarrebbe solo il rimedio dell'impugnativa giudiziale a posteriori, nelle forme dell'art. 36, comma 3 cod. cons.

Si nota che nella giurisprudenza comunitaria il nesso di interferenza tra trasparenza e sorpresa (per cui, in altre parole, la sorpresa viola il principio di trasparenza) si è fatto divenire sinonimo di abusività, se è vero che, ove il TAEG non sia menzionato nel contratto, la clausola indicante il costo può reputarsi d'ufficio non trasparente²³⁷.

Peraltro, la previsione normativa di una sorpresa neutralizzata tramite una nullità parziale necessaria ritorna nell'art. 125-bis, comma 6 TUB; si comprende, perciò, come possa essere ritenuta inadeguata l'idea che vede la trasparenza un principio inadatto a fungere da concorrente regola di validità ovvero da presupposto compulsante l'operare dei rimedi manutentivi o ablativi²³⁸.

La complessità dell'apparato sanzionatorio, riferito a tutte le vicende coinvolgenti clausole predisposte idonee a comportare la compromissione della capacità di valutazione del consumatore, discende dalla trasparenza intesa, al contempo, come fondamento e come limite del dovere di informazione gravante sul professionista.

In detto contesto il sintagma "informazione insufficiente" potrebbe rappresentare un tratto unificante per tutti i casi in cui la trasparenza contrasta, più che uno squilibrio nell'assetto di interessi realizzato dal contratto, piuttosto un travisamento dell'affidamento.

Comunque, le due forme manifestative principali del contesto descritto si distinguono a seconda che le clausole, pur ottemperando all'art. 35, comma 1 cod. cons. siano

²³⁶ **PAGLIANTINI S.**, voce *Trasparenza contrattuale*, cit., in part. 1307.

²³⁷ C. Giust., UE, 16 novembre 2010 causa C-76/10 *Pobotovost s.r.o. c. Iveta Korckovska*, per cui la mancata indicazione comporta un credito esente da interessi e spese.

²³⁸ Cfr. art. 130, comma 2 cod. cons.

sconosciute al consumatore – vedasi, ad esempio, le fattispecie di cui agli artt. 33, comma 2 lett. 1 e 36, comma 2 lett. c) – o trascolorino in un’informazione inadeguata (art. 129, comma 2 lett. c)²³⁹ .

Una prima categoria è quella delle clausole che il consumatore non ha potuto accettare al momento della stipula, perché dette clausole sono per lo più affidate a una relazione inaccessibile.

Invero, si potrebbe sostenere che in ogni clausola chiara e comprensibile ma sconosciuta, in tutto o parte, al consumatore si trova uno squilibrio, perché delle pattuizioni a sorpresa o potestativamente discrezionali vanificano senz’altro l’affidamento del consumatore su un’esecuzione del contratto nel rispetto delle sole condizioni note pattuite ab initio.

Infatti, attraverso la presunzione relativa degli artt. 33, comma 2 lett. 1 e 36, comma 2 lett. c cod. cons. si intende evitare che, per effetto di un’estensione dell’adesione a clausole che il consumatore non ha avuto la possibilità di conoscere prima della stipula, il regolamento contrattuale divenga in itinere più svantaggioso di quanto il consumatore avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi. Detta finalità rivela un intento repressivo delle pattuizioni documentanti vicende inesprese, e caratterizza più ipotesi, se è vero che anche le fattispecie di cui alla lettera n sul prezzo da determinarsi al momento della consegna e alla lettera o sulla facoltà del professionista di aumentare il prezzo del bene o servizio senza che il consumatore possa recedere nonostante l’importo finale sia divenuto eccessivamente elevato, documentano un inatteso squilibrio.

Tale sostanziale trascendimento dell’obbligo di informazione in una modalità necessaria della stipula, se è vero che il professionista deve adoperarsi per garantire la concreta ed individuale conoscibilità, spiega il delinarsi, per detto insieme di clausole significativamente

²³⁹ **PAGLIANTINI S.**, voce *Trasparenza contrattuale*, cit., in part. 1308; **DI GIOVANNI D.**, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, cit., in part. 51; **SCALISI V.**, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 418 ss.

svantaggiose, di una vessatorietà che si sostanzia ipso iure in uno scrutinio specifico di un'ipotesi difetto di trasparenza delle stesse.

Se si assume l'affidamento del consumatore come misura del dovere di informazione del professionista, il giudizio di trasparenza appare come manifestazione del controllo di vessatorietà delle clausole sleali.

Possiamo prendere come esempio la pattuizione, ex art. 33 comma 2 lett. i che fissi un termine eccessivamente anticipato rispetto a quello della scadenza del contratto per comunicare la disdetta, onde evitare una tacita proroga o rinnovazione; è chiaro che la ratio della vessatorietà non sta nel derogare al diritto dispositivo ma nel fatto che il valutare se proseguire o meno il contratto diviene attuale quando ancora il consumatore, essendo il termine per la disdetta troppo anticipato rispetto a quello di efficacia finale del rapporto, è ragionevole presumere che non si potrà trovare nelle condizioni di fare una scelta consapevole.

Pertanto, vi è il rischio di una disdetta avventata, non essendo ancora maturati i presupposti per giudicare sulla concreta vantaggiosità del regolamento contrattuale, fatta soltanto al fine di impedire che una decadenza dal potere di disdetta abbia l'effetto di prorogare automaticamente un contratto divenuto nel frattempo indesiderato.

Del resto, un affidamento legittimo ma non veritiero, in ragione di clausole nascoste o per cui non sia maturata un'adeguata conoscenza preventiva, causa al consumatore un pregiudizio non meno rilevante di quello insito in un significativo squilibrio normativo.

Vero è che, in tal modo, lo scarto tra abusività formale e sostanziale si riduce.

Invero, la vessatorietà può derivare sia da uno squilibrio sia da un difetto di trasparenza. Senza piena conoscenza delle condizioni di esecuzione del rapporto, infatti, non vi è equilibrio contrattuale. Vi è vessatorietà, dunque, non solo nel lucrare pattiziamente da un'operazione economica in serie un profitto maggiore di quello che è consentito dall'insieme delle norme dispositive derogate (vessatorietà in un senso stretto) ma anche se,

attraverso una predisposizione chiara ma insidiosa, si contravviene a una “norma primaria” volta a impedire che l’affidamento contrattuale del consumatore sia frustrato da informazioni intrinsecamente ostative ad una preventiva effettiva possibilità di conoscenza per il consumatore.

Infatti, sono vessatorie le clausole contemplanti un ius variandi delle condizioni contrattuali senza giustificato motivo specificato (art. 33, comma 2 lett. c cod. cons.), non perché procurino al professionista un’utilità eccessiva, nel senso di diversa ed ulteriore rispetto a quella attribuitagli dall’ordinamento con il riconoscimento di una certa facoltà; piuttosto, queste clausole mutano l’equilibrio originario arricchendolo di obbligazioni che non sono state comunicate in modo appropriato al consumatore nel momento in cui è stato sottoscritto il contratto.²⁴⁰ Vale la stessa cosa per le clausole di modificazione, in assenza di valido motivo, delle caratteristiche della prestazione contrattuale tipica: anch’esse vengono assoggettate, salvo dimostrazione che la clausola è stata oggetto di trattativa individuale, ad una nullità di protezione che si può intendere come rimedio correttivo nel momento dell’esecuzione verso un difetto di trasparenza insorto durante la formazione del negozio.

La presenza di una clausola a sorpresa o imprecisa nella determinazione dei diritti e dei doveri del professionista, vessatoria perché sconosciuta al consumatore, rivela che la tutela della trasparenza non ha giocato un ruolo preventivo.

Un consenso chiaro, rivelatore di un rapporto negoziale equilibrato ed economicamente efficiente, si ha come effetto di un’informazione esaustiva sul contenuto del contratto, che permetta al consumatore di convenire sull’adeguatezza dell’atto.

Non ci può essere una trasparenza come qualità del contratto se, a causa di un’informazione omessa, viene diminuito il diritto del consumatore a vedersi riconoscere un’esecuzione del contratto conforme alla ragionevole aspettativa formatasi in contrahendo.

²⁴⁰ Vedasi *ex multis* Cass., 17 marzo 2010, n. 6481.

Si parla spesso anche della questione dell'informazione inadeguata, la quale ha come effetto di indurre il consumatore ad una rappresentazione falsata e ingannevole dell'affare, la quale invero discende dalle informazioni imperfette trasmesse dal professionista al momento della stipula; lo si ricava dall'art. 129, comma 2 lett.c cod. cons., se è vero che la presunzione di conformità al contratto del bene venduto si modella ex lege sulla percentuale di utilità che il consumatore, rispetto a una certa tipologia di oggetto, può ragionevolmente attendersi. L'aggettivo "ragionevole" sottolinea come sia proprio l'insieme delle informazioni espresse o taciute dal professionista ad incidere sulla species di rappresentazione in concreto tutelabile.

Infatti, ove non venga riportata nell'informativa l'indicazione circa le prestazioni tipiche del bene, il consumatore potrebbe ragionevolmente attendersi che il prodotto consenta quelle prestazioni cui in realtà esso non è idoneo. Pertanto, quando il difetto di conformità sia da ascrivere all'omissione di un'informazione precontrattuale essenziale per il diverso tipo di aspettativa che il consumatore si sarebbe ragionevolmente formato, l'impianto rimediabile della non conformità ex art 130 cod. cons. si presenta anche come sanzione indiretta per la violazione della regola di trasparenza.

Se la regola di trasparenza è fondamento e limite dell'obbligo di informare il consumatore, invero, l'informazione si è trasformata in una condotta che, nella misura in cui si ripercuote sull'affidamento del consumatore, rileva come occasione di innesco di una tutela di tipo risolutorio, stante la circostanza che reso edotto dell'informazione surrettiziamente taciuta il consumatore non avrebbe presumibilmente acquistato il prodotto.²⁴¹

²⁴¹ Si potrebbe obiettare che un'informazione incompleta è differente da un'informazione intrasparente e che l'idea di una trasparenza proiettata *in executivis* è solo descrittiva. Vedasi **PALMIERI A.**, *La prassi contrattuale assicurativa fa i conti con le clausole abusive: perplessità e segnali incoraggianti*, in *Danno e resp.* 2005, 937 ss., che teme una considerevole attenuazione del livello di diligenza richiesto al consumatore aderente.

La trasparenza, tuttavia, se letta come semplice regola di condotta si deforma e perde gran parte del significato; se si esclude che essa possa valere come autonomo canone di controllo contenutistico si tenderà, invero, a valorizzare la funzione protettiva che, in caso di dubbio oggettivo sul significato di una clausola, la trasparenza esplica per il tramite dell'interpretazione più favorevole al consumatore.

Ma anche escludendo che l'art. 35, comma 2 cod. cons. costituisca una superflua ripetizione della regola in dubio contra proferentem, rimane comunque la sensazione di un ragionamento che porti ad una visione della trasparenza troppo riduttiva.

III.P) Un'ipotesi pratica di sconfinamento: art. 33, comma 2, lett. i) cod. cons.

Il rafforzamento dell'imperativo di trasparenza, prodotto dall'art 34 cod. cons., mostra come il problema dell'interpretazione più favorevole in realtà vada a sconfinare nella questione della sorte della clausola.

D'altra parte, un'altra manifestazione di tale commistione si nota in alcune situazioni concretamente verificabili. Sotto quest'ultima prospettiva, si può esemplificare quanto detto tramite una fattispecie, che potrebbe presentarsi nella pratica, concernente l'ipotesi di cui all'art. 33, comma 2 lett. i) cod. cons.

Come è noto, detta lettera presume vessatoria fino a prova contraria la clausola che abbia per oggetto o per effetto di stabilire un termine eccessivamente anticipato rispetto alla scadenza del contratto per comunicare la disdetta al fine di evitare la tacita proroga o rinnovazione.

Poniamo, dunque, il caso di un contratto di durata – quale l'abbonamento ad una rivista – che contenga una clausola sulla base della quale, al fine di evitare la proroga del contratto, si deve recedere entro 12 mesi prima della scadenza.

Sulla base della citata lett. i) si deve presumere la vessatorietà della clausola di specie.

Si immagini adesso che in tale contesto venga esercitato un recesso 4 mesi prima della scadenza: stando alla clausola contrattuale, detto recesso dovrebbe essere inefficace.

Sono astrattamente possibili tre interpretazioni della fattispecie in oggetto, che muovono tutte e tre dalla medesima premessa dell'abusività della clausola che prevede che la disdetta debba avvenire nei 12 mesi prima della scadenza.

Una prima soluzione, ritenendo che cada la clausola del contratto che prevede 12 mesi prima per la disdetta, risolve il problema del termine entro cui recedere mediante l'applicazione del termine eventualmente previsto dal diritto dispositivo.

Tuttavia, potrebbe anche non essere indicato alcun termine dal diritto dispositivo; in questa evenienza, ci si deve chiedere quale termine si debba considerare e se si debba addirittura concludere per una nullità totale del contratto.

Una seconda interpretazione, ritenendo sempre che la clausola del contratto che prevede 12 mesi prima per la disdetta cada, lascia al giudice il potere di fissare il termine per la disdetta.

Una terza interpretazione, ferma restando la caducazione della clausola del contratto che prevede 12 mesi prima per la disdetta, rende comunque efficace la disdetta del consumatore.

In effetti, si deve riconoscere che sia che il giudice fissi il termine per la disdetta (ad esempio, 6 mesi) sia che il giudice dichiari efficace il recesso effettuato dal consumatore (ad esempio, 4 mesi prima della scadenza), si deve considerare che, in ambo i casi, il giudice sta riducendo il termine per la disdetta.

A ben vedere, però, la clausola sui 12 mesi è abusiva, ma non intrasparente; il giudice la interpreta nel modo che essa non risulti abusiva ma così facendo la interpreta, in definitiva, nel modo verosimilmente più favorevole al consumatore.

E questo nonostante parte della dottrina ritenga che l'art. 35 cod. cons. non debba operare in ipotesi di abusività, e che la scelta del significato più favorevole al consumatore debba

avvenire successivamente alla valutazione della vessatorietà della clausola, in quanto essa deve essere una scelta tra possibili significati, tutti suscettibili di assumere efficacia²⁴².

Si deve tenere presente, d'altronde, che l'art 33, comma 1 cod. cons. considera vessatoria non la clausola che importi un qualsiasi squilibrio bensì quella che produca uno svantaggio significativo, in contrasto con il principio di buona fede.

In definitiva, seguendo rigidamente detta regola si dovrebbe prestare molta attenzione a tenere distinta la questione della eventuale invalidità, da appurarsi solo con i criteri di cui agli artt. 33, comma 1 e 34, comma 1 cod. cons., dal problema, diverso, che viene a risolversi in un giudizio in cui il criterio discretivo è la convenienza del consumatore.

Peraltro, non si può omettere di considerare che il nostro ordinamento, a differenza ad esempio di quello austriaco²⁴³, non prevede espressamente la nullità delle clausole non trasparenti, dovendosi comunque poi discutere se detta regola sia speciale o meno rispetto a quella dell'*interpretatio contra proferentem*²⁴⁴.

Invero, vi è una grande differenza tra il non disporre convenzionalmente – che assicura al professionista almeno il vantaggio di un termine legale di disdetta ex art. 1374 c.c.– e la predisposizione di un termine eccessivamente breve, una volta espunto il quale in quanto nullo la disdetta sarà possibile senza alcun preavviso fino alla scadenza del contratto.

Si consideri che, talvolta, la correzione giudiziale del contratto potrebbe mostrarsi maggiormente conveniente per il consumatore rispetto ad una pura e semplice disapplicazione.

Vi è da dire che parte della dottrina, pur riconoscendo che la riduzione della clausola potrebbe in determinati casi assicurare il miglior effetto utile per il consumatore, fa notare

²⁴² **BARENGHI A.**, *op. cit.*, in part. 48; **BIGLIAZZI GERI L.**, *L'interpretazione del contratto*, cit., in part. 19.

²⁴³ Cfr. §6 Absatz 3 *Konsumentenschutzgesetz*.

²⁴⁴ Cfr. §915 Absatz 2 ABGB.

che i contratti b2c sono contratti conclusi in serie; pertanto, la correzione giudiziale potrebbe apportare incertezza sulle contrattazioni.²⁴⁵

Invero, non appare possibile neppure rinvenire un equivalente settoriale, rispetto alla previsione austriaca, nell'art. 125-bis, comma 1 TUB, e segnatamente ove esso prescrive che le informazioni e le condizioni essenziali siano formulate in modo chiaro e conciso. Infatti, anche ammettendo che la chiarezza sia un predicato legale dell'informazione, deve riconoscersi che non è prospettabile una nullità.

²⁴⁵ Per approfondimenti vedasi **D'AMICO G.**, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in D'AMICO G., PAGLIANTINI S., *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, in part. 233 ss.; **PAGLIANTINI S.**, *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, in D'AMICO G., PAGLIANTINI S., *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2013, 67 ss., in part. 127 s.

PARTE II

LA TRASPARENZA IN AMBITO BANCARIO

CAPITOLO IV

LA TRASPARENZA NEI RAPPORTI BANCARI

IV) Cosa intendere per “trasparenza” nel mondo bancario e finanziario

IV.A) Sulla nozione di “trasparenza”

Oramai invalsa nel linguaggio giuridico, la nozione di trasparenza viene prevalentemente intesa quale puntuale espressione del principio di correttezza nei rapporti contrattuali.

Minoritari sembrano invece i tentativi di ricostruire detto sintagma come un principio normativo autonomo e dotato di una ratio specifica e propria, e dunque idoneo a dare una certa conformazione ad un contratto predisposto.

Invero, le difficoltà insite nella precisa delimitazione del concetto di trasparenza sono incrementate dal vorticoso moltiplicarsi delle previsioni normative ad essa trasparenza attinenti; quest’ultima nozione, peraltro, mostra una versatilità che ben si è adattata ai molteplici utilizzi che ne ha fatto il legislatore e che vanno dalla connotazione della trasparenza quale diritto fondamentale del consumatore (art. 2, comma 2 lett. e cod. cons.), a quella di regola di presentazione ed interpretazione del testo contrattuale (art. 35, comma 1 cod. cons.), dalla considerazione della stessa quale lemma condensante le modalità vincolate di forma e contenuto che debbono figurare in un contratto bancario (artt. 117 – 120-quater TUB), in un contratto di credito ai consumatori (artt. 121-126 TUB), in un contratto quadro per i servizi di pagamento (artt. 126-bis – 126-quinquies TUB), all’identificazione della medesima con una regola di comportamento dell’intermediario finanziario (art. 21, comma 1 lett. a TUF²⁴⁶).

²⁴⁶ Nell’art. 21, comma 1 lett. a TUF, trasparenza dell’informazione finanziaria e correttezza sono usate come endiadi onde descrivere una regola di comportamento piuttosto complessa, dal momento che, se il rilascio di un’informativa completa ed esauriente sull’emittente e sul prodotto è *condicio sine qua non* per una consapevole autodeterminazione

Si può, invero, notare una certa alternanza, in dottrina e in giurisprudenza, tra una nozione di trasparenza che potremmo definire “in senso stretto” (o trasparenza del contratto) ed una nozione di trasparenza “in senso lato” (o trasparenza nel contrarre)²⁴⁷. In detto panorama, assai variegato, vi è chi ravvisa nella trasparenza, più che un concetto giuridico, un problema in cui si annodano varie vicende declinabili in termini di volontà o di dichiarazione; vi è anche chi, invece, per esaltarne la funzione di contrasto all’asimmetria informativa, finisce per considerare la trasparenza alla stregua di una formula adattabile a vari utilizzi, talvolta identificandola, ad esempio, con l’equità del contratto o con l’equivalenza tra le prestazioni contrattuali.

Si tratta certamente di orientamenti distanti tra loro, e molti altri ve ne sono, ma tutti hanno, in definitiva, contribuito ad evidenziare e ad enfatizzare il carattere scarsamente definito del concetto di trasparenza.²⁴⁸

del cliente investitore, ne discende un apparato protettivo strutturato in una sequenza di controlli prima sulla completezza del prospetto, poi sulla comprensibilità, coerenza e veridicità delle informazioni (art. 94, commi 8 e 9, art. 94-bis, comma 1 TUF), con un richiamo ad un diritto del cliente ad essere informato sull’inappropriatezza del prodotto offerto (art. 42 delibera Consob 29 ottobre 2007 n. 16190, regolamento intermediari). Il tutto al fine di servire al meglio l’interesse dei clienti e l’integrità del mercato (ex art. 21 TUF).

²⁴⁷ Così come, del resto, tra i concetti di formazione del consenso ed informazione.

²⁴⁸ Il nuovo art. 125-bis TUB, inserito dall’art. 1 d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 (attuazione della direttiva 2008/48/CE relativa ai contratti di credito ai consumatori nonché modifiche del titolo IV del TUB in merito alla disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario, degli agenti in attività finanziaria e dei mediatori creditizi) prevede che i contratti di credito debbano essere redatti su supporto cartaceo o su altro supporto durevole che soddisfi i requisiti della forma scritta nei casi previsti dalla legge.

Il vecchio art. 124, comma 1 disponeva che si applicasse l’art. 117, comma 2 anche ai contratti di credito; detta norma imponeva la redazione dei contratti esclusivamente per iscritto. A ben vedere però già le Istruzioni della Banca d’Italia del 2003, tit. X, cap. I, sez. III, par 4, ritenevano soddisfatto il requisito della forma scritta se risultassero rispettate le

condizioni di cui al dpr 28 dicembre 2001 n. 445 in materia di documento elettronico. Le Istruzioni della Banca d'Italia del 2009 sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, inoltre, affermavano al par. 2, sez. III che il documento informatico soddisfa la forma scritta nei casi previsti dalla legge. Dunque, con il nuovo art 125 bis, sebbene non si ritenga più applicabile l'art. 117, comma 1 TUB anche ai contratti di credito, si è semplicemente recepito nel testo unico bancario quanto prevedeva l'art 117 comma 1 e quanto emergeva in riferimento ad esso dalle Istruzioni della banca d'italia.

Invero qualcosa nello scenario è cambiato con le modifiche apportata al d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (c.d. Codice dell'amministrazione digitale) dal d.lgs. 30 dicembre 2010, n. 235. Quest'ultimo decreto ha abrogato il comma 2 dell'art. 20 del emnzionato Codice, e con esso l'affermazione che il documento informatico sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche stabilite ex art 71 che garantiscano l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immodificabilità del documento, si presume riconducibile al titolare del dispositivo di firma ai sensi dell'art. 21, comma 2, e soddisfa comunque il requisito della forma scritta, anche nei casi previsti, sotto pena di nullità, dall'art. 1350, comma 1 nn. 1-12 c.c., ed ha altresì modificato il comma 2 dell'art. 21 come segue: *“il documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, formato nel rispetto delle regole tecniche di cui all'articolo 20, comma 3, che garantiscano l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immodificabilità del documento, ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del codice civile. L'utilizzo del dispositivo di firma si presume riconducibile al titolare, salvo che questi dia prova contraria”*. Il medesimo legislatore ha previsto inoltre che *“Salvo quanto previsto dall'articolo 25, le scritture private di cui all'articolo 1350, primo comma, numeri da 1 a 12, del codice civile, se fatte con documento informatico, sono sottoscritte, a pena di nullità, con firma elettronica qualificata o con firma digitale”*.

Dunque solo gli atti che devono farsi per iscritto ai sensi dell'art. 1350, comma 1 nn 1-12 c.c. Richiedono, allo scopo di soddisfare il requisito della forma scritta, la firma elettronica qualificata o la firma digitale. Non quindi tutti gli altri atti specialmente indicati dalla legge di cui all'art. 1350, comma 1 n. 13 c.c., per i quali sarebbe sufficiente la firma elettronica avanzata, ossia quell'insieme di dati in forma elettronica allegati oppure connessi a un documento informatico che consentono l'identificazione del firmatario del documento e garantiscono la connessione univoca al firmatario, creati con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo, collegati ai dati ai quali detta firma si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati stessi siano stati successivamente modificati (art. 1, comma 1 lett. q-bis).

Potremmo osservare in relazione ai contratti di credito al consumo che mentre sulla base dell'abrogato art. 20, comma 2 CAD si poteva considerare valido il contratto di credito al consumo stipulato con un documento informatico sottoscritto con firma digitale o firma elettronica qualificata, adesso può ritenersi valido anche quello sottoscritto con firma elettronica avanzata.

Le Istruzioni della Banca d'Italia sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti del 9 febbraio 2011 fanno riferimento al vecchio testo e dunque indicano il documento informatico sottoscritto con firma elettronica qualificata o con firma digitale, che garantiscano l'identificabilità dell'autore, l'integrità e l'immodificabilità del documento, come documento idoneo a soddisfare il requisito della forma scritta.

Peraltro, poiché l'art 125-bis, comma 2 TUB dispone l'applicazione ai contratti di credito anche di quanto previsto dall'art 117, commi 2 e 3 dello stesso testo, anche per detti contratti il CICR può prevedere per motivate ragioni tecniche che essi vengano stipulati in forma diversa da quella scritta, rimanendo il CICR pur sempre vincolato a quanto stabilito dalla dir. 2008/48/CE e non potendo pertanto, con riferimento ai contratti di credito al consumo, derogare all'art 10 della citata direttiva il quale impone che i contratti siano redatti su supporto cartaceo o su altro supporto durevole. Il CICR, quindi, dovrebbe potere, per motivate ragioni tecniche, attribuire valore ad altri supporti durevoli che integrino gli estremi della definizione di cui all'art. 121 e che siano diversi dal documento informatico sottoscritto con firma digitale o con firma elettronica qualificata.

Invero, la dir. 2008/48/CE impone l'armonizzazione massima ed il comma 1 del suo art. 10 dispone che i contratti di credito siano redatti su supporto cartaceo o su altro supporto durevole. Ci si chiede se contrasti con detta previsione la disciplina del TUB. L'art. 125-bis TUB, infatti, limita l'equiparazione alla forma scritta al solo supporto durevole che soddisfi i requisiti della forma scritta nei casi previsti dalla legge e dunque, come anticipato, nel nostro ordinamento vi si possono ricomprendere al massimo i documenti sottoscritti con firma elettronica avanzata; in altri termini, non tutti i supporti durevoli rilevano bensì solamente alcuni. Ciò potrebbe apparire in contrasto con la scelta di armonizzazione massima, a meno che non si ritenga che la seconda parte del comma 2 dell'art. 10 della menzionata direttiva (a norma del quale l'art. 10 si applica fatte salve le norme nazionali riguardanti la validità della conclusione dei contratti conformi alla normativa comunitaria) debba intendersi nel senso che gli ordinamenti degli Stati membri possano prevedere prescrizioni particolari, nel nostro caso più restrittive, sul piano della

La trasparenza potrebbe anche essere intesa come un limite all'autonomia contrattuale del professionista, in nome di una politica di mercato incentrata sul punto di vista delle utilità economiche e non tanto sulla promozione e protezione di valori solidaristici e personalistici.

Di ciò si trova, talvolta, traccia nel diritto europeo dei contratti, se si intende il principio di trasparenza recepito per il tramite della nozione di informazione qualificata, e si considera detto tramite, di per sé, come prevalentemente permeato da un fine di espansione e di governo efficiente del mercato²⁴⁹.

E' vero che nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea compare, tra gli scopi prescritti dalla solidarietà, la garanzia di un elevato livello di protezione dei consumatori, ma l'interesse consumeristico di cui all'art. 38 della Carta, seppur ritenuto prevalente sull'interesse alla libera circolazione delle merci, si trova ad essere comunque collocato all'interno della cornice del mercato concorrenziale; di conseguenza, dovrebbero prevalere quelle tecniche protettive che, se da una parte debbono essere efficaci alla tutela del

validità dei contratti; il che tuttavia potrebbe finire per essere una forzatura e permane il rischio, piuttosto alto, che la disciplina sul punto possa esser ritenuta difforme dalla previsione comunitaria (in tal senso, vedasi MAUGERI M. – PAGLIANTINI S., *Il credito ai consumatori. I rimedi nella ricostruzione degli organi giudicanti*, Milano, 2013, in part. 23 ss.; PAGLIANTINI S., *Tutela del consumatore e limiti normativi alla dematerializzazione dei contratti solenni?*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, tomo II, Padova, 2010, in part. 1849 ss.

Va evidenziato che, ai sensi del comma 3 dell'art 117 TUB, è previsto che la mancanza di forma determini la nullità del contratto, e si tratta di una nullità che opera a esclusivo vantaggio del cliente e che può esser rilevata d'ufficio dal giudice ex art. 127, comma 4 TUB.

²⁴⁹ Vedasi GRUNDMANN S., *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento*, in *Eur. Dir. priv.*, 2001, 257 ss., in part. 264 ss., 281 ss., 302. Vedasi anche Cass., SU, 4 febbraio 2005, n. 2207.

consumatore, al contempo debbono evitare di restringere il commercio all'interno dell'Unione.²⁵⁰

La corretta informazione del consumatore, dunque, accanto all'effetto di consentire una selezione responsabile tra le offerte commerciali, contempla anche quello di innescare un controllo sulle condotte imprenditoriali potenzialmente dannose per il mercato; in altre parole, per il tramite di contratti trasparenti appare possibile raggiungere una trasparenza del mercato, idonea a sua volta a produrre sia vincoli fondati sull'affidamento sia, in definitiva, anche più consumi, come è stato affermato in svariate occasioni anche dalla giurisprudenza comunitaria²⁵¹.

Invero, alcuni²⁵² evidenziano che l'idea della trasparenza come un fenomeno totalmente positivo contrasti con la constatazione che l'incremento dell'informazione standardizzata a beneficio di alcune fasce di utenti, e in maniera inversamente proporzionale alla loro forza economica, potrebbe innescare un fenomeno in cui, per la conseguente contrazione della diversificazione qualitativa dell'offerta, vengano privilegiati i clienti consumatori a scapito dei clienti professionisti, con una conseguenziale limitazione dell'autonomia delle imprese a livello di strategia gestionale.

In questo senso si nota che, talvolta, è utilizzato un ulteriore argomento: pensare alla trasparenza come ad un fattore capace di orientare virtuosamente i consumi può reggere in un sistema concorrenziale perfetto ma non in un modello economico diverso, dove, peraltro, è possibile che la standardizzazione dei contratti venga percepita dai professionisti

²⁵⁰ GRISI, *Informazione (obblighi di)*, cit., in part., 606; ROPPO V., *Il contratto del duemila*, cit., in part. 7, 10.

Cfr. Corte Giust., CE 16 dicembre 2008, causa C-205/07, *Gysbrechts*.

²⁵¹ Corte Giust., UE 3 giugno 2010, causa C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c. Ausbanc*.

Cfr. Cass. SU, 4 febbraio 2005 n. 2207.

²⁵² DI MAJO A., *Libertà contrattuale e dintorni*, in Riv. crit. dir., 1995, 17 ss.

come un incentivo, in vista di un vantaggio collettivo per le imprese del settore, verso pratiche collusive sui prezzi e/o sulla qualità dei prodotti.²⁵³

E' noto quanto il diritto dei contratti bancari sia stato influenzato dalla crisi finanziaria del 2008 e dalle successive pulsioni innovatrici²⁵⁴.

La formula della trasparenza bancaria, tuttavia, continua ad essere spesso utilizzata in termini di trasparenza delle relazioni contrattuali, senza osservare che essa potrebbe, altresì, provocare una più complessiva trasparenza del mercato, da intendersi come immediata osservabilità delle scelte di mercato da parte dei consumatori ma anche da parte degli altri concorrenti.

Secondo più di una teoria economica²⁵⁵, una simile trasparenza del mercato, in mercati di tipo oligopolistico, potrebbe ostacolare il mantenimento di un adeguato livello di dinamicità della competizione, proprio a causa di meccanismi idonei ad uniformare forzatamente le scelte strategiche delle imprese grazie ad una rigida standardizzazione dell'offerta o comunque alla determinazione di un eccessivo livello di trasparenza nel mercato.

Invero, la trasparenza bancaria viene intesa solitamente come un valore positivo, rispetto al quale si porrebbe essenzialmente un problema di affinamento dei meccanismi regolamentari e di miglioramento delle informazioni offerte al mercato, tenuto conto della necessità di verificare in concreto gli effetti delle singole regole sulle dinamiche di mercato.

²⁵³ MIRONE A., L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 573 ss.; MINERVINI G., Il controllo del mercato finanziario. L'alluvione delle leggi, in *Giur. comm.*, 1992, I, 16 ss.

²⁵⁴ MIRONE A., *op. cit.*, in part. in part. 557.

²⁵⁵ Tra le varie analisi possono vedersi OVERGAARD, MOLLGAARD, *Information Exchange, Market Transparency and Dynamic Oligopoly*, *Economic working paper*, University of Aarhus, 3-2007, disponibile su <http://ssrn.com>, STIGLER, *A Theory of Oligopoly*, in *Journal of Political Economy*, vol. 72, 1964, 44 ss.

Tuttavia, la necessità di assicurare la trasparenza nel settore bancario è difficilmente revocabile in dubbio, considerando la scarsa propensione delle imprese bancarie e finanziarie alla diffusione di informazioni alla clientela.

La trasparenza nelle relazioni bancarie consente, potenzialmente, una più efficiente allocazione delle risorse, in quanto la clientela viene messa in grado di individuare con maggiore consapevolezza le operazioni che adeguatamente soddisfano i propri bisogni finanziari; d'altronde, maggiormente consapevole è la scelta più oculata sarà l'investimento. Inoltre, relazioni trasparenti permettono di dare al cliente importanti indicazioni su quale altro intermediario eventualmente fornisca lo stesso servizio a costi inferiori o con qualità più elevate, ecc. In tal modo, viene incentivata l'estromissione dal mercato delle imprese che non operano in modo soddisfacente o comunque che non sono competitive, con un meccanismo di selezione che potrebbe portare alla riduzione della fragilità del sistema ed alla promozione della sopravvivenza degli operatori più efficienti e meglio rispondenti alle esigenze della clientela²⁵⁶.

Appare opportuno soffermarsi, seppur brevemente, sul rapporto tra trasparenza e correttezza, due nozioni che, ad esempio, vengono entrambe richiamate dall'art. 127 TUB, il quale richiede che ad ambo i detti principi – trasparenza delle condizioni contrattuali e correttezza dei rapporti con la clientela – sia informato l'esercizio, da parte delle autorità creditizie, dei poteri di cui al titolo VI.

Poiché non sembra che, nelle intenzioni del legislatore, detti termini si possano considerareendiadi, si può pensare che essi esprimano due diverse finalità dell'azione: la trasparenza, concentrata sull'esigenza di irrobustimento del consenso per il tramite degli obblighi informativi e finalizzata a rendere la scelta negoziale critica e consapevole; la correttezza, focalizzata sulla necessità di canalizzare la discrezionalità, caratterizzante determinati

²⁵⁶ CARATELLI M., *La trasparenza tra banche e clienti*, Milano, 2006, in part. 19; DE POLI M. *La contrattazione bancaria. Tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, Milano, 2012, in part, 132 ss.

comportamenti dell'intermediario, a vantaggio del cliente e finalizzata a garantire l'effettiva simmetria, in executiviis, tra volontà ed attuazione della volontà²⁵⁷.

Chiaramente, la normativa relativa alla trasparenza è intesa a proteggere la parte più debole del rapporto negoziale, a rafforzare e a soddisfare le esigenze di tutela portate avanti dal cliente, e richiamate anche dall'art. 117-bis, comma 4 TUB. Nella norma da ultimo citata, in particolare, la menzionata finalità è perseguita attraverso la possibilità data al CICR di estendere la portata della stessa disposizione anche ad altri contratti per i quali si pongano analoghe esigenze di tutela, con conseguente compressione della libertà negoziale.

Invero, il TUB dà chiare indicazioni circa la funzione protettiva della disciplina.

Va ricordato che l'art. 127 TUB richiama le finalità di cui all'art. 5 del medesimo testo come finalità che le Autorità creditizie devono tenere presenti nell'esercizio dei loro poteri accanto a quelle della trasparenza delle condizioni contrattuali e della correttezza dei rapporti con la clientela. Il riferimento alle finalità di cui al menzionato art. 5 è da intendersi, dunque, alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza e alla competitività del sistema finanziario.

Ne discende che gli obiettivi della trasparenza e della correttezza devono necessariamente combinarsi con altre finalità, cercando con esse una conciliazione.

Altre indicazioni circa le finalità del legislatore possono trarsi dai provvedimenti regolamentari, consistenti principalmente nelle Istruzioni di vigilanza per le banche (circolare n. 229 del 21 aprile 1999 della Banca d'Italia). Queste affermano infatti – capitolo I, Titolo X, Sezione I, punto 1, comma 1 – che la disciplina della trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari persegue gli obiettivi, nel rispetto dell'autonomia negoziale, di rendere noti ai clienti gli elementi essenziali del rapporto contrattuale e le loro variazioni; in più, si aggiunge che la disciplina persegue, altresì, la finalità di promuovere e salvaguardare la concorrenza all'interno dei mercati bancario e finanziario, così

²⁵⁷ DE POLI M, *op. cit.*, in part. 133

evidenziando l'importanza, dal punto di vista della Banca d'Italia, di far sì che coloro che sono interessati ad un servizio bancario possano trarre vantaggio dalla comparabilità delle differenti offerte, la quale, a sua volta, favorisce l'efficienza e la competitività del sistema finanziario²⁵⁸. La stessa Banca d'Italia, sempre al punto 1 menzionato, del resto, afferma che il rispetto delle regole e dei principi di trasparenza e correttezza nei rapporti con la clientela attenua i rischi legali e quelli di reputazione, concorrendo, pertanto, alla sana e prudente gestione della banca (comma 2).²⁵⁹

Vi sono, comunque, alcune disposizioni del TUB chiaramente intese a favorire lo sviluppo della concorrenza. In particolare, si fa riferimento agli artt. 120-bis, 120-ter e 120-quater di detto testo.

In altri termini, le disposizioni del titolo VI sono finalizzate a irrobustire la posizione del cliente, tanto da essere derogabili solo a favore del cliente stesso (art. 127, comma 1 TUB) e, inoltre, le nullità previste operano solo a vantaggio di questi, essendo rilevabili d'ufficio.

Altresì, le disposizioni che le Autorità creditizie hanno facoltà di emanare in base ai poteri loro conferiti dal TUB, come anticipato, dovrebbero perseguire la trasparenza delle condizioni contrattuali e la correttezza nei rapporti con la clientela, in modo combinato agli scopi indicati dall'art. 5 del medesimo testo normativo.

La disparità di potere negoziale tra le parti del rapporto, che il testo unico vorrebbe attenuare, potrebbe dunque essere corretta attraverso interventi operanti nella fase delle trattative, della formazione dell'accordo e della sua esecuzione nonché attraverso strumenti

²⁵⁸ **DE POLI M.**, *op. cit.*, in part. 135 s. Vedasi deliberazione CICR 4 marzo 2003.

²⁵⁹ La Sezione XI delle Istruzioni di vigilanza, intitolata ai requisiti organizzativi, correla il rispetto delle procedure ivi previste anche alle finalità dei controlli sull'adeguatezza patrimoniale a fronte dei rischi legali e di reputazione (art. 1). Per "rischio reputazionale" si intende il rischio, attuale o prospettico, di flessione degli utili o del capitale derivante da una percezione negativa dell'immagine della banca da parte di clienti, controparti, azionisti della banca, investitori o autorità di vigilanza.

di trasparenza ed interventi che operino nella dimensione di mercato e concorrenziale nonché attraverso strumenti utili al riequilibrio, più che ad una vera e propria trasparenza²⁶⁰.

IV.B) Informazione qualificata e trasparenza

Si assiste di frequente ad un accostamento, e talvolta ad una sovrapposizione, tra le nozioni di trasparenza e di informazione qualificata fornita al consumatore da parte del professionista.

Del resto, il problema della definizione del concetto di informazione qualificata e dei rapporti di quest'ultimo con la nozione di trasparenza è reso particolarmente complesso da fattori quali la pluralità di accezioni in cui la trasparenza informativa può venire intesa in ragione del contesto di riferimento, l'assenza di coordinamento tra l'enunciazione di principio di cui all'art. 5 e le singole ipotesi settoriali dove detto obbligo di trasparenza informativa opera (ad es., artt. 47 ss. e 52 ss. cod. cons.), nonché la perplessità conseguente al pressoché totale annullamento, nella legislazione consumeristica, del dovere di autoinformazione di cui all'art. 1341, comma 1 c.c., sostituito da un diritto incondizionato del consumatore a venire informato²⁶¹.

Invero, quando si tratta di connotare attraverso attributi la nozione di informazione si apre lo spazio ad una certa attività integrativa – e comparativa²⁶² – da parte dell'interprete, strettamente dipendente dai contesti, la quale si concentra sull'esame del caso concreto, così

²⁶⁰ Vedasi DOLMETTA A.A., *Gli interventi normativi sul contenuto economico dei contratti bancari*, in *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Atti del convegno tenutosi in San Miniato il 22 e 23 ottobre 2010, Torino, 2011, in part. 60 ss.

²⁶¹ **ROSSI CARLEO L.**, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, cit., in part. 366 s.

²⁶² **MICKLITZ H.W.**, *Obligation de clarté et interprétation favorable au consommateur*, cit., in part.159

da affermare o meno la ricorrenza di un'informazione adeguata e, quindi, la soddisfazione o meno delle esigenze rappresentate dal principio della trasparenza.

Si sente spesso affermare che l'informazione deve essere accessibile ed esaustiva.

L'informazione, anzitutto, deve essere accessibile per il fatto stesso di essere versata in un documento o in un altro supporto durevole. In questo senso, peraltro, la trasparenza può dirsi strumento di accesso al contenuto del contratto²⁶³.

L'informazione, poi, è accessibile se di essa, sia cartacea o contenuta in altro supporto durevole, il consumatore può disporre prima della stipula del negozio e per un tempo che possa dirsi congruo alla finalità cui essa è destinata.

A parere di alcuni, in particolare, è esaustiva l'informazione che funge da presidio all'integrità ed alla consapevolezza del consenso.

Tuttavia, detta definizione non appare del tutto soddisfacente²⁶⁴, in quanto qualsivoglia informazione finalizzata a rendere consapevole il consumatore delle proprie azioni si mostra internamente variabile in dipendenza di due fattori:

- a) il contesto spaziale o il contesto tecnico in cui avviene la stipula;
- b) il fatto che si tratti di discipline volte a regolare un determinato settore di mercato²⁶⁵, in quanto in questo caso assume rilievo discriminante l'attitudine delle informazioni ad incentivare e a garantire una strategia concorrenziale di confronto e di controllo delle singole offerte commerciali o, detto altrimenti, in quanto in questo caso l'esaustività, agendo come condizione ma allo stesso tempo come limite della trasparenza, è la tecnica normativa che consente di attuare un controllo procedurale dell'attività negoziale.

Chiaramente, non esiste un unico modello di esaustività.

²⁶³ Così **MASUCCI S.T.**, *sub art. 1469-quater*, cit., in part. 145.

²⁶⁴ **PAGLIANTINI S.**, voce *Trasparenza contrattuale*, cit., in part. 1288.

²⁶⁵ Ad esempio, il credito al consumo. Vedasi **ROPPO V.**, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., in part. 66.

Basti pensare come a livello europeo il sintagma “informazione esaustiva” sia ben lungi dalla possibilità di imporre aggravamenti degli obblighi di trasparenza tali da condizionare in peius la competitività dell’impresa e, conseguentemente, il livello di concorrenzialità di un settore produttivo²⁶⁶.

D'altronde, ove si pensi l’obbligo informativo in funzione della trasparenza del mercato, sarà esaustiva solo l’informazione che tale scopo è idonea ad assicurare, e non necessariamente l’informazione più congeniale alla protezione del consumatore.

Se è vero che nessuna pronuncia italiana ha ancora affrontato in modo specifico la questione, la Corte di Giustizia²⁶⁷ si è mostrata, peraltro, contraria a leggere estensivamente una norma che limitava un obbligo informativo al momento della conclusione del contratto.

Il riferimento è al caso *Cofinoga Merignac SA c. Sachtithanathan*, nel quale, pronunciandosi sulle questioni pregiudiziali sottoposte dall'autorità giudiziaria austriaca, dichiara che la direttiva in materia di credito al consumo²⁶⁸ non impone che il mutuante sia obbligato ad informare per iscritto il mutuatario del TAEG in vigore nonché delle condizioni alle quali quest’ultimo potrà essere modificato, prima di ogni rinnovo a condizioni invariate di un contratto di credito a tempo determinato, concesso sotto forma

²⁶⁶ **CAMARDI C.**, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo in eur dir. Priv.*, 2008, 840 ss., 861; **ZOPPINI A.**, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Contratto e antitrust* a cura di Olivieri e Zoppini, Bari, 2008, in part. 3 s.

²⁶⁷ C. Giust., CE 4 marzo 2004, causa C-264/02, *Cofinoga Merignac SA c. Sachtithanathan*, in *Racc. giur. C. giust.*, 2004, I-2157 ss. e in *Riv. trim. dir. comm.*, 2004, 356. In questo caso la questione pregiudiziale era stata sollevata dal Tribunale di Vienna il 5 luglio 2002. La norma della cui lettura si discuteva era l’art. 4 dir. Consiglio 22 dicembre 1986, n. 87/102/CEE.

Pertanto, la sentenza della Corte di cui si tratta appare in linea con le Conclusioni dell’Avvocato Generale Tizzano, in part. §§56-58, 76.

²⁶⁸ Direttiva del Consiglio in materia di credito al consumo del 22 dicembre 1986, 87/102/CEE, come modificata dalla direttiva del Consiglio 22 febbraio 1990, 90/88/CEE,

di apertura di credito utilizzabile per frazioni e connessa ad una carta di credito, rimborsabile con rate mensili e a tasso di interesse variabile.

Dalla conclusione della menzionata vicenda giudiziaria deriva, se il tasso è rimasto invariato, l'esclusione di un'interpretazione più favorevole al consumatore che obblighi gli istituti di credito ad informare per iscritto il mutuatario consumatore del TAEG e della clausola di variabilità anche all'atto del rinnovo del credito.

Inevitabilmente, un simile approccio al problema svaluta il consumatore in quanto persona²⁶⁹ e mette a nudo la non neutralità dell'informazione, evidenziandone, al contrario, l'idoneità ad innescare conflitti tra situazioni di interessi differenti²⁷⁰, in primis tra tutela del consumatore e garanzia della concorrenzialità del mercato²⁷¹.

Ovviamente, anche gli attributi di chiarezza e comprensibilità dell'informazione sollevano un gran numero di problemi.

In ambito bancario la trasparenza, in linea di massima, designa la chiarezza del contenuto del contratto, la sua intelligibilità, la completezza delle regole che formano l'assetto negoziale.

Com'è intuitivo, nel rapporto tra banca e cliente la parità in senso sostanziale tra le parti non può essere sempre realizzata, in quanto spesso uno dei due contraenti (la banca) si

²⁶⁹ **PERLINGIERI P.**, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 471 ss.

²⁷⁰ Di contrapposizione tra consumatori informati e consumatori apatici parla **MIRONE A.**, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi*, cit., in part. 559, mentre **PAGLIANTINI S.**, *Trasparenza contrattuale*, cit., in part. 1289, fa riferimento alla contrapposizione grandi banche - piccole banche e clienti imprese - clienti consumatori.

²⁷¹ **PROSPERI F.**, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. Impr.*, 2008, 937 s.

Interessante vedere anche C. Giust. UE 12 maggio 2011, causa C-122/10, *Konsumentombudsmannen c. Ving Sverige AB*, su un'offerta commerciale pubblicizzata a mezzo stampa con la sola indicazione di un prezzo di partenza.

trova rispetto alla controparte in una posizione di forza tale da poter imporre a quest'ultima un assetto negoziale unilateralmente stabilito. L'altro contraente, quello presupposto debole, non è, difatti, in grado di incidere sul regolamento contrattuale, e può semplicemente scegliere tra l'accettazione del contratto ovvero la possibilità di rinunciare al perfezionamento dello stesso.

In detto contesto la trasparenza, se la si intende quale informazione chiara e completa circa il contenuto dei diritti e degli obblighi previsti dal contratto, è diretta ad imporre al contraente forte di mettere il contraente debole in condizioni di acquisire consapevolezza circa le conseguenze derivanti dalla stipulazione del contratto, potendo dunque, in questa prospettiva, essere considerata alla stregua di un correttivo volto ad escludere o a moderare le conseguenze, negative per il contraente debole, potenzialmente insite in simili situazioni di disparità.

Tuttavia, ci si deve chiedere se la disciplina attuale non sia piuttosto un compromesso tra un dovere di far conoscere ed un dovere di far comprendere, compromesso che consiste nell'individuazione, in capo alle banche, di una serie di oneri diretti a consentire una piena circolazione delle informazioni ed una maggiore intelligibilità delle stesse.

D'altronde, il sistema di tutela del contraente debole in un rapporto asimmetrico trova il più rilevante terreno di prova nell'intersezione tra forma e informazione, in quel campo che si indica con l'espressione "formalismo di protezione"²⁷².

Quest'ultimo concetto, tale peculiare formalismo, amplia la tutela del consumatore mediante la trasformazione di quelli che potrebbero considerarsi vizi dell'attività del professionista in patologie del negozio.

Tuttavia, dall'altro lato il formalismo si volge verso la regolazione o la gestione indiretta del mercato concorrenziale, attuata proprio per il tramite dell'interesse del consumatore; ciò

²⁷² MAUGERI M.-PAGLIANTINI S. , *Il credito ai consumatori. I rimedi nella ricostruzione degli organi giudicanti*, cit., in part. 22.

implica, d'altronde, che il consumatore perda la sua individualità di singolo per assurgere a "cliente".

In questi termini, si rafforza l'idea per cui, attraverso un contratto di credito trasparente, sia realizzabile una maggiore trasparenza del mercato creditizio.

IV.C) Iter legislativo della trasparenza

Si deve ritenere che il dibattito sulla trasparenza abbia preso le mosse dall'art. 5 della direttiva 93/13/CEE, in particolare incentrandosi sulla considerazione che, se una redazione delle clausole che le renda in modo chiaro e comprensibile implica un onere del professionista, consistente nel permettere al consumatore di conoscere effettivamente ed adeguatamente il contenuto delle clausole predisposte, allora non sarebbe azzardato sostenere che questa previsione (e successivamente le disposizioni di recepimento) fosse ridondante, in quanto tale norma già si leggerebbe nell'art. 1341, comma 1 c.c.

Intendendo quest'ultima disposizione alla luce del principio di buona fede²⁷³, e dunque come un precetto in base al quale il dovere dell'aderente di conoscere, adoperando la diligenza ordinaria, viene commisurato al grado di accessibilità delle condizioni preformulate, essa finisce per portare con sé un onere di redigere le condizioni preformulate in maniera idonea, il quale, a sua volta, diviene strumentale rispetto al concreto assolvimento del dovere dell'aderente di conoscere le medesime.

In altri termini, ciò significa intendere una formulazione chiara e comprensibile delle clausole contrattuali quale preconditione per il delinarsi di un consenso sulle condizioni generali predisposte, le quali, in mancanza, sfuggendo all'attenzione ed alla conoscenza

²⁷³ **ROPPO V.**, *Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di imprese*, Milano, 1975, 183 ss.

dell'utente, non sarebbero neppure qualificabili come contrattuali e, dunque, non potrebbero ritenersi incluse nell'accordo²⁷⁴.

Ci si è chiesti se, da quanto appena esposto, dovrebbe farsi discendere, ad esempio, che gli artt. 35, comma 1 cod. cons. e 166, comma 1 cod. ass. debbano rilevare come norme impositive di una regola altrove presupposta, con un art. 1341, comma 1 c.c. che, già di per sé, governa la trasparenza dei contratti standard tra contraenti aventi potere diseguale, e con la conseguenza che, in mancanza di norme ad hoc, come ad esempio l'art. 2, comma 4 della legge 18 giugno 1998, n. 192, vi sarebbe un'assenza di tutela per la sola area dei contratti B2b²⁷⁵, ossia tra imprese diseguali, predisposti per una singola operazione economica²⁷⁶, oppure²⁷⁷ se l'art. 5 dir. 93/13/CEE debba ritenersi avere formalizzato un diritto soggettivo alla trasparenza come situazione trascendente ed oltrepassante il diritto del consumatore ad una scelta libera in quanto informata²⁷⁸.

D'altronde, ove si ritenesse che la nozione di trasparenza debba mutare a seconda della disciplina di riferimento, si dovrebbero evitare accostamenti tra paradigmi informativi distinti, aventi diversa ampiezza e differenti tratti rimediali.

²⁷⁴ **BUSNELLI F.D.**, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, cit., in part. 768; **CASTRONOVO C.**, *Profili della disciplina nuova delle clausole cd. vessatorie cioè abusive*, cit., in part., 20. Vedasi anche Conclusioni dell'avvocato generale Tizzano nella causa C-144/99, Commissione c. Paesi Bassi, decisa con Corte Giust. CE 10 maggio 2001, §§27-29

Cfr. anche Cass., 26 febbraio 2004, n. 3863.

²⁷⁵ L'acronimo *B2b* ad indicare i contratti tra imprese disuguali è da ricondurre a **PARDOLESI R.**, Prefazione a COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, XIII

²⁷⁶ **MAJELLO U.**, *Problematiche in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *La nuova legge bancaria. Prime riflessioni sul Testo unico in materia bancaria e creditizia*, a cura di Rispoli Farina, Napoli, 1995, 311-313.

²⁷⁷ Come pare suggerire **MICKLITZ H.W.**, op. cit., in part. 160

²⁷⁸ **PAGLIANTINI S.**, voce *Trasparenza contrattuale*, cit., in part. 1284

Ne conseguirebbe una dovuta presa d'atto che la trasparenza bancaria ha poco in comune con la trasparenza dei contratti tra professionista e consumatore; difatti, l'art. 117, commi 1 e 4 TUB, a differenza dell'art. 35, comma 1 cod. cons., è una norma primaria che trova la sua sanzione nei commi 6 e 7 dello stesso articolo, ed inoltre la trasparenza relativa a operazioni e servizi bancari e finanziari appare qualitativamente diversa, in ragione della standardizzazione autoritativa dei termini contrattuali che predomina e prevale sulla parte strettamente informativa²⁷⁹.

In particolare, si nota nel TUB un processo di tipizzazione che, per ratio e contenuti, risulta assai distante da una tecnica legislativa viceversa incentrata sulla uniforme disclosure del prodotto o del servizio professionalmente offerti²⁸⁰.

Una diversità ancora maggiore si noterebbe, con riferimento alla trasparenza bancaria, se di essa si volessero sottolineare le norme che insistono su un obbligo di assistenza al cliente (art. 124, commi 1 e 5 TUB), o sul dovere del finanziatore di valutare individualmente, ex ante ed in executivis, il merito creditizio del consumatore (art. 124-bis TUB)²⁸¹; difatti, in tali casi è più che mai evidente che l'obbligo di trasparenza trasmuta talvolta in un dovere di consulenza, funzionale alla stipulazione del contratto di credito più consono al consumatore nell'ottica di un finanziamento responsabile, ossia il contratto di credito che meglio risponda alla capacità di restituzione del debitore.

²⁷⁹ **QUADRI E.**, *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ.*, 2011, II, 95 ss.; **SCALISI V.**, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti*, cit., in part. 418.

²⁸⁰ **PAGLIANTINI S.**, voce *Trasparenza contrattuale*, cit., in part. 1285.

²⁸¹ In questa prospettiva vedasi: **NIGRO A.**, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla "consulenza" nell'erogazione del credito?*, in Aa.Vv., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Torino, 2011, in part. 29 ss.; **BRODI E.**, *Dal dovere di far conoscere al dovere di far "comprendere": l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra imprese e consumatori*, in *Banca borsa*, 2011, I, 246 ss.

Per quanto, già in precedenza, il legislatore si fosse messo al servizio dell'interesse, sempre più sentito, alla trasparenza, uno dei punti di emersione più caratteristici della menzionata tendenza si è avuto dopo il recepimento nell'ordinamento italiano della direttiva n. 29/2005/CE in materia di pratiche commerciali sleali²⁸².

Difatti, già in quest'ultimo provvedimento vengono delineati canoni comportamentali idonei ad esprimere un più generale principio di correttezza incombente sugli operatori professionali che si muovono sul mercato, nonché idonei a conformare, almeno in parte, i rapporti delle imprese con i propri clienti.

Appare plausibile che detto provvedimento volesse rispondere all'esigenza di tutelare coloro che si trovano a contrattare con il professionista da eventuali condotte scorrette che quest'ultimo potrebbe adottare e che potrebbero essere tali da interferire con la formazione di una libera scelta di consumo.

La direttiva in parola, del resto, concerne ogni momento di contatto tra professionista e mercato, dalla fase di trasmissione di informazioni a quella di instaurazione di un vero e proprio rapporto contrattuale a quella di esecuzione del negozio concluso.

Attraverso il canone della trasparenza, dunque, il legislatore comunitario adopera uno strumento idoneo a provocare l'emersione di informazioni che ex ante possono reputarsi fondamentali per l'elaborazione della scelta economica da parte dei consumatori.

Il principio di trasparenza, invero, una volta introdotto nel mercato dei servizi bancari e finanziari è inteso come strumento di tutela non tanto del solo consumatore quanto della figura, più ampia, di cliente²⁸³.

²⁸² Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell' 11 maggio 2005 relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio

²⁸³ **BRODI E.**, *op. cit.*, in part. 247, nt. 2.

In seguito, sempre più evidenti e ricorrenti sono divenuti i segnali di interesse nei confronti del principio di trasparenza – di frequente legato al criterio comportamentale di correttezza – in particolare per quanto concerne l’ambito bancario e finanziario; basti pensare alle “Disposizioni di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti” adottate dalla Banca d’Italia nel mese di luglio 2009, oppure alle modifiche apportate al Titolo VI TUB mediante il recepimento della direttiva sul credito al consumo 2008/48/CE, avvenuto con d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141.

Inevitabilmente, lo stesso significato del termine “trasparenza” ha subito, con il passare del tempo, una certa trasformazione, evolvendo in un concetto da un lato dotato di maggiore definitezza e dall’altro lato frequentemente dilatato.

L’interesse²⁸⁴, vivo in particolare nei settori bancario e finanziario, verso la nozione di trasparenza, da una parte, evidentemente, come sopra anticipato, era volto a raggiungere l’efficienza in due settori così rilevanti per l’economia²⁸⁵.

²⁸⁴ Soprattutto a partire dagli anni Ottanta del XX secolo.

²⁸⁵ Gli interventi legislativi in tema di contratti bancari sono stati visti da una parte della dottrina come necessitati dalle carenze presentate dalla disciplina codicistica, che si è curata solo di tipizzare alcuni modelli negoziali già in uso presso le banche, non prevedendo peraltro obblighi di trasparenza particolari e non prestando attenzione alla tutela del cliente. Detta lacunosità, per alcuni, si giustificava con l’inopportunità di una regolamentazione rigida dell’attività bancaria, essendo essa in evoluzione; da detta lacunosità è seguita, comunque, la conseguenza che la regolamentazione dei contratti bancari veniva invero demandata a fonti diverse, ritenute più flessibili ed adattabili all’evoluzione delle prassi, e segnatamente gli usi normativi e negoziali e la disciplina contrattuale dettata dalle cd. Norme Bancarie Uniformi predisposte dall’ABI ed applicate da tutte le banche associate nei rapporti con la propria clientela. Le NBU, tuttavia, mentre davano uniformità alle condizioni contrattuali praticate, attribuivano alle imprese bancarie il potere di imporre le proprie condizioni onde trarne maggior vantaggio economico, con la conseguenza di indebolire la clientela. Sebbene la validità di esse non fosse stata disconosciuta dalla maggior parte della giurisprudenza, la situazione di privilegio di cui godevano effettivamente le banche, anche in ragione – a parere di alcuno – della natura

Tuttavia, dall'altro lato, aumentare la chiarezza delle condizioni contrattuali praticate dagli operatori mirava alla predisposizione di un sistema di tutela nei confronti del contraente più debole.

Per quanto diverse, tali finalità mostrano una certa dose di complementarità, potendo potenzialmente essere coinvolte in un'unitaria regolamentazione del mercato.

Non è certo un caso, del resto, che detto interesse verso la trasparenza si sia imposto in un periodo di rinnovata attenzione nei confronti dei meccanismi del mercato e del ruolo della circolazione delle informazioni all'interno di esso²⁸⁶.

Da questo clima e dal dibattito che ne è scaturito, è uscita anche la legge n. 154 del 1992, recante norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, in seguito confluita nel Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, cd. TUB).

costituzionalmente tutelata e degna di maggiore protezione dell'attività esercitata, cominciò ad essere oggetto di critiche e a subire l'influenza delle tendenze evolutive in atto nel diritto comunitario verso l'eliminazione di simili protezioni esterne al mercato. La progressiva erosione delle N.B.U., pertanto, inizia con l'approvazione del T.U.B. del 1993, a partire dalla quale inoltre si introduce una disciplina normativa dei prodotti bancari intesa a proteggere il cliente. Nello stesso periodo, altri testi normativi hanno contribuito a riequilibrare le condizioni contrattuali tra banca e cliente, come la legge n. 154/1992 (pressoché travasata nel TUB) che ha introdotto una disciplina della trasparenza delle operazioni e servizi bancari e finanziari, la legge n. 142/1992 attuativa della dir. 87/102/CEE sul credito al consumo e la legge n. 52/1996 che introdusse nel codice civile gli artt. 1469-bis e ss., attuando la dir. 93/13/CEE. (**RESTUCCIA G.**, *Obblighi di trasparenza e clausole abusive nei contratti bancari*, in *Violazioni del contratto: danni e rimedi*, a cura di E. Del Prato, Milano, 2003, in 131-141, in part.132 s.).

²⁸⁶ **BRODI E.**, *op. cit.*, in part. 248 s. In particolare si riteneva che intervenire su tipologia e quantità di informazioni date al pubblico significasse incrementare il livello di efficienza generato dagli scambi, tramite una maggiore confrontabilità dei prodotti ed una conseguente maggiore concorrenza tra gli operatori.

In queste prime normative sul tema, la trasparenza non sembra invero essere considerata come un valore verso il quale tendere, ma piuttosto come un tramite per giungere ad obiettivi diversi.

In altri termini, vi si prende in considerazione il rapporto tra risparmiatore ed intermediario, ponendo su quest'ultimo obblighi informativi e mirando a trasporre la tutela posta a livello del singolo rapporto su un livello più generale.

Dette normative, peraltro, riguardavano oneri informativi attinenti esclusivamente al profilo economico del negozio, come si evince dagli artt. 2 e 5 della legge del 1992, i quali disciplinavano pubblicità e contenuto dei contratti concentrandosi quasi esclusivamente su elementi come i tassi di interesse, le spese sostenute dal cliente per le comunicazioni periodiche, e in generale gli oneri imposti dall'intermediario.

In questa prima fase della produzione legislativa, quindi, si nota che il canone di trasparenza si lega strettamente alla funzione di fonte rispetto ad una pluralità di obblighi di informazione, e che esso si lega anche alla disciplina del mercato bancario e finanziario.

Successivamente, la normativa ha esteso la propria attenzione dalla sola imposizione di obblighi informativi gravanti sul professionista al modo in cui l'informazione viene comunicata.

Quest'ultima, difatti, al fine di allinearsi al principio di correttezza, deve essere non ingannevole e non tale da alterare le scelte economiche dei soggetti cui viene rivolta.

Non pare opportuno, tuttavia, segnare una cesura ben definita tra gli interventi legislativi degli anni Novanta del secolo scorso e quelli successivi, in quanto essi, piuttosto che contrastarsi, si completano.

Difatti, imporre al professionista le modalità di comunicazione delle informazioni alla clientela darebbe risultati poco soddisfacenti se non vi fosse anche una selezione dei dati informativi che debbono essere comunicati.

Invero, la mera previsione di precisi obblighi informativi non sarebbe idonea a fornire una tutela effettiva al consumatore e ad orientare le scelte di consumo di quest'ultimo.

Il mutamento di prospettiva – o meglio l'estensione della stessa – che pare sottendere il passaggio da un dovere di far conoscere ad un dovere di far comprendere, sembra in effetti basarsi sull'idea che il consumatore non necessariamente si comporta in modo razionale nelle scelte economiche che compie²⁸⁷.

Certamente il settore bancario e finanziario ha costituito un importante banco di prova per il principio di trasparenza²⁸⁸, in particolare poiché si tratta di un ambito in cui è centrale l'elemento della fiducia degli investitori, il quale sembra crescere proporzionalmente all'aumento della trasparenza negli scambi.

Originariamente, come sopra accennato, la normativa di trasparenza aveva finalità sufficientemente univoche, essendo la regolamentazione in parola chiaramente connessa all'introduzione dei principi concorrenziali nel sistema bancario, tramite due direttive comunitarie in materia creditizia, segnatamente la direttiva n. 77/780 del 12.12.1977, attuata

²⁸⁷ **BRODI E.**, *op. cit.*, in part. 253. Secondo l'A., tale prospettiva ha pervaso il contenuto della direttiva 29/2005/CE, nella misura in cui ha riportato l'attenzione sulle modalità attraverso le quali i contraenti si relazionano con il mercato e scelgono quali operazioni porre in essere, facendone il presupposto a partire dal quale può compiersi la verifica circa il fatto se il comportamento del consumatore medio possa dirsi falsato o meno da una certa pratica. Pertanto, perché possa considerarsi corretta e dunque lecita la condotta dell'imprenditore è necessario che la comunicazione risponda a criteri di chiarezza espositiva e giunga come immediatamente comprensibile al destinatario. Sulla stessa linea v. **BARTOLOMUCCI P.**, *Le pratiche commerciali sleali ed il contratto: un'evoluzione del principio della trasparenza*, in Aa.Vv. a cura di Minervini E., Rossi Carleo L., *Le pratiche commerciali sleali*, Milano, 2007, in part. 266.

²⁸⁸ Vedasi ad esempio **COSTI R.**, *Informazione e contratto nel mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 1993, 3, 719 ss., per il quale talvolta la disciplina speciale dettata per il mercato finanziario prelude e trasmigra in una disciplina di diritto comune, apparendo i mercati finanziari come una sorta di "laboratorio" per l'ordinamento.

con d.p.r. 27.6.1985, n. 350, e la direttiva n. 89/646 del 15.12.1989, attuata con d.lgs. 14.12.1992, n. 481, poi trasfuso nel TUB.

La disciplina in oggetto conteneva svariate prescrizioni che spaziavano dagli adempimenti pubblicitari alle prescrizioni attinenti alla forma dei contratti, ma chiaramente volte a consentire lo sviluppo di un mercato effettivo nell'offerta dei servizi bancari.

Invero, parte della dottrina individuava una dicotomia all'interno di quella normativa, distinguendo tra le prescrizioni strettamente attinenti ai profili informativi e quelle aventi una funzione “riequilibratrice”²⁸⁹.

In definitiva, però, anche le prescrizioni che sembrano poter essere incluse nella seconda delle citate categorie – come, ad esempio, la previsione dei tassi sostitutivi di favore di cui all'art. 117, comma 7 TUB – possono ritenersi funzionali all'esigenza di una trasparenza informativa, potendo essere lette come previsioni volte ad assicurare effettività al sistema di regole introdotte dal legislatore.²⁹⁰

L'obiettivo fondamentale, pertanto, era individuato in quello di imporre alle banche, anche a pena di pesanti sanzioni, l'obbligo di dotarsi di offerte economiche preventivamente conoscibili dalla clientela ed espressamente riportate in un testo contrattuale completo²⁹¹.

Coerentemente ai principi di mercato, la normativa originaria del Testo Unico Bancario non prevedeva prescrizioni limitanti la costruzione dell'offerta economica delle banche, né in materia di prezzi, né in materia di conformazione delle condizioni economiche dell'offerta in tutte le possibili componenti e varianti (si pensi, ad esempio, all'anatocismo, alle commissioni sugli affidamenti, alle spese secondarie del rapporto).

²⁸⁹ Vedasi **COSTI R.**, *L'ordinamento bancario*, 4 ed., Bologna, 2007, in part. 664, 676;

CAPOBIANCO E., *I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio nei rapporti con la clientela*, in *dir. banc.*, 2002, 198 ss.

²⁹⁰ Cfr. **NIGRO A.**, *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie e contenuto delle condizioni contrattuali: note esegetiche*, in *dir. banc.*, 1998, 511 ss.

²⁹¹ **BRODI E.**, *op. cit.*, in part. 248 ss.

Nel corso dell'ultimo decennio si è assistito, invero, ad una progressiva accentuazione del carattere eteronomo della normativa sulla trasparenza bancaria²⁹² e, al contempo, ad un mutamento qualitativo del sistema.

La disciplina attuale della trasparenza bancaria, più che essere uno strumento atto a favorire lo sviluppo nel settore bancario di meccanismi concorrenziali, sembra rivestire un duplice ruolo: da una parte, essa appare volta a promuovere lo sviluppo di dinamiche concorrenziali effettive; dall'altra parte, sembra intesa a tutelare la clientela dal potere di mercato delle banche.

A quest'ultimo proposito, non possono non rilevarsi le particolari caratteristiche strutturali della relazione tra l'istituto di credito ed il cliente, e segnatamente: le rilevanti asimmetrie informative fra gli intermediari e la generalità dei clienti; la difficoltà intrinseca che i clienti incontrano a valutare preventivamente il livello di qualità dei servizi e dei prodotti; l'esistenza di significativi costi di cambiamento del fornitore da parte del cliente²⁹³.

In tal senso può spiegarsi, in via generale, che il legislatore, una volta assicurata una base informativa adeguata, abbia successivamente rivolto la sua attenzione verso altri fronti.²⁹⁴

In primo luogo, il medesimo si è proposto di assicurare l'attendibilità di tali informazioni e, dunque, la loro effettiva idoneità ad orientare le scelte di mercato degli utenti; a questo fine sono intesi gli interventi volti a limitare lo ius variandi (si pensi alla previsione del giustificato motivo nell'art. 118 TUB), o la libertà delle banche nello stabilire componenti secondarie di prezzo (ad esempio, la commissione di massimo scoperto).

Inoltre, la concentrazione si è volta verso la previsione – soprattutto in sede di normativa secondaria – di un maggiore impiego degli indici sintetici di costo, nonché verso la

²⁹² **MIRONE A.**, *Le "fonti private" del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari*, in *banc borsa tit. cred.*, 2009, I, 290 ss., in part. 557 ss.

²⁹³ **MIRONE A.**, *La trasparenza bancaria*, Padova, 2012, in part. 11.

²⁹⁴ **MIRONE A.**, *La trasparenza bancaria*, cit., in part. 12

promozione di una certa mobilità della clientela, tramite la garanzia di una maggiore possibilità di recedere (in quest'ottica vanno letti istituti quali la comunicazione personale delle variazioni contrattuali, il diritto di recesso senza spese e la surrogazione senza spese nei mutui immobiliari).

Altro obiettivo del legislatore appare la repressione di possibili abusi da parte delle banche, in considerazione della debolezza della clientela, compresa la clientela imprenditoriale²⁹⁵; a questo riguardo interessante è, ancora una volta, l'introduzione del giustificato motivo nello ius variandi.

Tali interventi, tuttavia, mostrano una certa disorganicità, cosa che ha determinato “non pochi eccessi di eteroregolamentazione e di sovratutela, oltre a frequenti contraddizioni al sistema”²⁹⁶.

Ciononostante, sembra che, nel complesso, l'evoluzione del sistema sia scaturita da una reale volontà di promuovere un efficiente sviluppo del mercato dei servizi bancari, basata sul presupposto che esso non possa semplicemente discendere dalla mera obbligatorietà della pubblicità informativa e dalla mera adozione delle prescrizioni in materia di forma scritta e di contenuto minimo obbligatorio del contratto, così come originariamente previste dal Testo Unico Bancario.

In detta accresciuta e maggiormente variegata rilevanza della trasparenza bancaria può inserirsi anche la modifica intervenuta sulla formula dell'art. 127, comma 1 TUB ad opera del d.lgs. n. 141/2010, ad avviso del quale le Autorità creditizie, nell'esercitare i poteri previsti dal Titolo VI, devono avere riguardo, oltre che alle finalità indicate nell'art. 5, alla trasparenza delle condizioni contrattuali ed alla correttezza dei rapporti con la clientela, precisando, inoltre, che a tali fini possono essere dettate anche disposizioni in materia di organizzazione e controlli interni.

²⁹⁵ **DOLMETTA A.A.**, *Alcune osservazioni sui più recenti “condizionamenti” legislativi delle operazioni bancarie, in banca impresa*, 1994, 78 ss.

²⁹⁶ **MIRONE A.**, *La trasparenza bancaria*, cit., in part. 12.

Tale modifica non ha, però, determinato un'equiparazione tra il livello del principio di trasparenza e quello delle finalità generali della vigilanza (ovvero sana e prudente gestione, stabilità complessiva, efficienza e competitività del sistema finanziario), data la strumentalità del primo rispetto alle seconde²⁹⁷ e la limitazione settoriale della finalità di tutela della trasparenza all'applicazione del Titolo VI.

Si tratta, però, di una disposizione di principio che conferisce un'espressa valenza pubblicistica alla trasparenza bancaria, come confermato, peraltro, dai rafforzati poteri inibitori previsti nell'art. 128-ter TUB.

Parte della dottrina, tuttavia, sembra orientata nel senso dell'autonomia delle finalità di tutela della trasparenza e della correttezza, in quanto gli obiettivi di efficienza e competitività del mercato costituirebbero dei valori distinti rispetto a quelli concernenti la protezione della clientela, con un rovesciamento del rapporto intercorrente tra gli obiettivi generali del sistema e lo scopo di tutelare il cliente.²⁹⁸

Si è fatto cenno poc'anzi ad alcuni interventi particolarmente interessanti attuati sulla disciplina della c.d. trasparenza bancaria, contenuta nel Titolo VI ("Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti") del Testo Unico Bancario (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, cd. TUB).

Il primo di questi è rappresentato dal d.lgs. 27.01.2010, n. 11, di attuazione della direttiva n. 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che ha introdotto nel titolo in questione il Capo II-bis (artt. da 126-bis a 126-octies TUB), denominato "Servizi di pagamento".

²⁹⁷ Ed altrettanto vale per l'osservanza delle disposizioni in materia creditizia, prevista dall'art. 5, 1° comma.

²⁹⁸ Così **BRODI E.**, *op. cit.*, in part. 267. Questo Autore fa particolare riferimento alla posizione dei consumatori, forse mettendo in ombra la considerazione che la normativa sulla trasparenza ha carattere tendenzialmente uniforme per l'intera clientela bancaria, salve le discipline del credito al consumo, dei servizi di pagamento e dei mutui immobiliari.

Il secondo è rappresentato dal d.lgs. 13.08.2010, n. 141²⁹⁹, di attuazione della direttiva n. 2008/48/CE, relativa ai contratti di credito ai consumatori, che ha, per un verso, interamente riformato il Capo II, in materia di credito al consumo, ora denominato «Credito ai consumatori», e, per altro verso, apportato talune modifiche alla parte generale contenuta nel Capo I (denominato “Operazioni e servizi bancari e finanziari”).

In primo luogo, la legge delega (l. 7.07.2009, n. 88) conteneva, all'art. 33, comma 1, lett. c, l'espressa indicazione di “coordinare, al fine di evitare sovrapposizioni normative, il Titolo VI di cui al d.lgs. n. 385/1993 con le altre disposizioni legislative aventi a oggetto operazioni e servizi disciplinati dal medesimo Titolo VI e contenute nel d.l. 4.07.2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla l. 4.08.2006, n. 248, nel d.l. 31.01.2007, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla l. 2.07.2007, n. 40, e nel d.l. 29.11.2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla l. 28.01.2009, n. 2, applicando, per garantire il rispetto di queste ultime disposizioni, i meccanismi di controllo e di tutela del cliente previsti dal citato Titolo VI di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993”; si tratta, segnatamente, delle norme in materia di ius variandi (invero, già inserite all'interno del Testo Unico Bancario), di recesso del cliente, di mutui bancari e di valute.

Inoltre, la legge delega conteneva l'ulteriore indicazione, all'art. 33, comma 1, lett. f, di “coordinare il testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 e le altre disposizioni legislative aventi come oggetto la tutela del consumatore, definendo le informazioni che devono essere fornite al cliente in fase precontrattuale e le modalità di illustrazione, con la specifica, in caso di offerta congiunta di più prodotti, dell'obbligatorietà o facoltatività degli stessi”.

Infine, anche in ragione della delega al coordinamento del testo unico, si può ritenere che la l. n. 88/2009 contenesse una delega implicita a riformare la parte generale della trasparenza

²⁹⁹ Il d.lgs. 13.08.2010, n. 141 è stato modificato dal d.lgs. 18.12.2010, n. 218.

bancaria, ove quest'ultima contenesse disposizioni incompatibili con la nuova disciplina speciale, derivante da direttive comunitarie di armonizzazione massima.

Il legislatore delegato, in definitiva, pare essersi limitato ad alcuni interventi sulla previgente disciplina del Capo I, ed in particolare ad intensificare il processo di delegificazione nella definizione degli specifici adempimenti posti a carico degli intermediari, a risolvere alcune questioni interpretative riguardanti i più recenti interventi normativi sulla trasparenza bancaria ed a porre alcune differenze di disciplina tra i contratti a tempo indeterminato e quelli a tempo determinato.

Rilevante, da un punto di vista sistematico, appare il nuovo terzo comma dell'art. 115 TUB, che esclude l'applicazione del Capo I – salvo il caso del rinvio espresso – sia ai contratti di credito con i consumatori disciplinati dal Capo II, sia ai servizi di pagamento disciplinati dal Capo II-bis.

La nuova formulazione del terzo comma costituisce l'esito di un processo di progressiva segmentazione normativa, che ha comportato un rilevante mutamento nel ruolo sistematico della disciplina generale sulla trasparenza bancaria contenuta nel Capo I.³⁰⁰

La normativa sulla trasparenza bancaria ha trovato ingresso nel nostro ordinamento con la l. 19.02.1992, n. 154³⁰¹, cui è seguito il d.lgs. 1.09.1993, n. 385, con il quale venne recepita la

³⁰⁰ **MIRONE A.**, *La trasparenza bancaria*, cit., in part. 3; **MIRONE A.**, *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 579 ss.

³⁰¹ Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 24 febbraio 1992 ed entrata in vigore il 10 marzo 1992 quanto ad alcuni aspetti ed il 10 luglio successivo per il resto. La predetta legge sarà abrogata – eccetto l'art. 10 sulla *fideiussione omnibus* – dall'art. 161 del d.lgs. n. 385/1993. Sotto il vigore della previgente disciplina gli aspetti della materia la cui disciplina era stata demandata all'autorità amministrativa furono disciplinati dal decreto del ministro del Tesoro del 2.04.1993, fino a che esso non venne sostituito dalla Deliberazione CICR 4 marzo 2003, *Disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali, delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, nella quale (art. 14) l'entrata in vigore della stessa e delle disposizioni attuative che la Banca d'Italia era chiamata a emanare venne fissata al 1 ottobre 2003. La

direttiva sul credito al consumo 87/102/CEE. Il d.lgs. n. 154/1992 era stato, a sua volta, preceduto da un tentativo poco soddisfacente di autoregolamentazione, consistente nell'accordo interbancario del 25 ottobre 1988, ed inoltre da proposte di legge parimenti insoddisfacenti^{302 303}.

Per quanto percepito come *lex generalis* in materia bancaria, il titolo VI non contiene una disciplina di sistema generale e tendenzialmente autosufficiente, bensì riveste la funzione di contenitore di regole – alcune specifiche ed altre generali – che disciplinano alcuni aspetti della materia contrattuale, tra cui: *an* e *quomodo* dell'attività informativa rivolta verso il pubblico sulle condizioni economiche praticate alla clientela; il *quomodo* dell'attività promozionale dei contratti; le modalità di formazione dei contratti; la scelta della denominazione di alcuni contratti; la determinazione del contenuto contrattuale in rapporto a quanto previamente pubblicizzato; *an* e *quomodo* della variazione dei termini di un contratto; estinzione e surrogazione di alcunio contratti; *an* e *quomodo* dell'informazione contrattuale.

Vi è un problema di rapporto tra i tre regimi disciplinati dalla trasparenza bancaria: quello che riguarda le operazioni di credito rivolte ai consumatori contenuto nel capo II; quello relativo ai servizi di pagamento contenuto nel capo II-bis; quello relativo alle altre operazioni e servizi svolte nel territorio della repubblica da banche e intermediari finanziari, contenuto nel capo I. Ognuno di detti regimi, almeno apparentemente, si presenta autonomo, con unico elemento di condivisione le disposizioni del capo III intitolato “Regole generali e controlli”.

Banca d'Italia ha adottato il provvedimento di attuazione della deliberazione CICR del 25 luglio 2003. Il d.lgs. n. 385/1992 accorperà al suo interno, previa abrogazione, anche la legge n. 142/1992 in materia di credito al consumo.

³⁰² Si ricordano la proposta n. 687/1987 e la 3167/1986.

³⁰³ Vedasi per una panoramica sui provvedimenti precedenti alla legge n. 154/1992, **DE POLI M.**, *La contrattazione bancaria. Tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, cit., in part. 93 ss.

Benchè molti si siano chiesti se il capo I non abbia comunque valenza sistematica maggiore degli altri capi, potendo dunque essere applicato analogicamente alle operazioni regolate dagli altri due capi³⁰⁴, il rapporto tra capo I e capi seguenti non è riconducibile con certezza al rapporto tra genere e specie, poiché, come appena sottolineato, ogni capo disciplina una o più tipologie di operazioni bancarie e finanziarie, con la peculiarità che le fattispecie di cui ai capi II e II-bis sono più circoscritte di quelle disciplinate nel capo I.

Un complesso nodo da sciogliere è quello concernente l'eventuale presenza di norme che, in virtù di interpretazione estensiva o analogica, possano travalicare i confini della materia regolata dal capo in cui sono inserite.

Per fornire un'idea del problema si può pensare al modo in cui i tre regimi normativi disciplinano gli obblighi precontrattuali.

L'art. 124 TUB disciplina molto dettagliatamente gli obblighi precontrattuali incombenti su chi concede credito ai consumatori, mentre è meno dettagliata la disciplina che di detti obblighi fornisce l'art. 126-quater TUB in materia di servizi di pagamento; invece, manca del tutto di una disciplina sul punto la materia delle altre operazioni bancarie e finanziarie, poiché l'art. 116 TUB non introduce un obbligo di informazione precontrattuale ma un obbligo di pubblicizzazione dei termini minimi e massimi della componente economica dell'offerta bancaria.

L'art 124 TUB sembra contenere due norme che costituiscono l'espressa applicazione alla materia del credito ai consumatori di principi più generali, e cioè:

a) la norma per cui il finanziatore o l'intermediario del credito, sulla base delle condizioni offerte dal finanziatore e se del caso delle preferenze espresse e delle informazioni fornite dal consumatore, forniscono al consumatore, prima che egli sia vincolato da un contratto o da un'offerta di credito, le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse

³⁰⁴ **DE POLI M.**, *La contrattazione bancaria. Tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, cit., in part. 125.

offerte di credito sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un contratto di credito (art. 124, comma 1 TUB);

b) quella secondo cui il finanziatore o l'intermediario del credito forniscono al consumatore chiarimenti adeguati, in modo che questi possa valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria, eventualmente illustrando le informazioni precontrattuali che devono essere fornite ai sensi dei commi 1 e 2, le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti e gli effetti specifici che possono avere sul consumatore, incluse le conseguenze del mancato pagamento (art. 124, comma 5 TUB).

La norma di cui al comma 1 menzionato pare tradurre in una disposizione le teorizzazioni dottrinali e l'elaborazione giurisprudenziale in materia di buona fede quale fonte di obblighi informativi precontrattuali. Ne consegue la portata generale e, pertanto, l'applicabilità di detta norma anche a casi che essa espressamente non regola ma che si presentano ontologicamente non distinguibili, ad esempio ai casi di concessione di credito ai consumatori non regolati dal capo II (come i finanziamenti di importo inferiore ad € 200,00 o di importo superiore ad € 75.000,00).

Considerato, inoltre, che la ratio della disposizione in parola sta nel valore preminente, sotteso all'intero titolo, del riequilibrio tra le differenti forze contrattuali attraverso il rafforzamento del consenso del cliente, dunque non pare esserci una ragione assorbente per limitarne l'applicazione al solo credito ai consumatori.

Maggiore portata pratica potrebbe avere l'estensione, al di fuori dei casi espressamente regolati, del comma 5 della medesima norma, con cui il finanziatore è stato onerato del compito di assistere il consumatore perché egli scelga il contratto di credito adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria, dandogli chiarimenti adeguati e, anzi, illustrandogli oralmente le informazioni contenute nel modulo "Informazioni europee di base sul credito ai consumatori" di cui parla il comma 2.

Detta norma più che di un obbligo di informazione – intesa come trasmissione di dati – contempla un obbligo di illustrazione o di spiegazione, un'attività non standardizzabile dunque, come suggerisce il richiamo alle esigenze ed alla situazione finanziaria proprie del consumatore specifico, ma da individualizzare e calare in un contesto concreto relativo ad una specifica trattativa.

Rendendo più efficiente la cooperazione tra le parti, la disposizione appare coerente con la finalità della rimozione delle asimmetrie informative, sottesa al sistema, e sembra pertanto giustificare un'estensione della norma oltre i suoi confini espressi.

Tuttavia, il dovere di assistenza di cui alla disposizione in parola richiede la conoscenza, da parte dell'intermediario, delle esigenze e della situazione finanziaria del consumatore. Mancando un'indicazione chiara su un dovere dell'intermediario di acquisire informazioni, occorre limitare l'estensione di detta disposizione ai soli contratti di credito; infatti, solo in questi contratti l'acquisizione delle informazioni sulla situazione finanziaria e sulle esigenze creditizie è un compito che l'intermediario ha comunque interesse a svolgere, onde verificare il merito creditizio di colui che richiede il credito.

Fin dalla sua introduzione, la disciplina della trasparenza bancaria apparve essere venuta a costituire una vera e propria disciplina generale dei contratti bancari, volta ad intervenire su più fronti.

Da un lato, l'estrema lacunosità della disciplina speciale dei contratti bancari nel codice civile, ampiamente derogabile dalle banche, aveva reso necessario introdurre un quadro generale di norme, a tutela dei clienti, applicabile a tutte le operazioni bancarie.

Da un altro lato, l'affermazione, contenuta nel Testo Unico Bancario, dei principi concorrenziali, anche in ambito bancario, con l'abbandono del precedente sistema di oligopolio amministrato instaurato dalla legge bancaria del 1936, imponeva di adottare misure specifiche volte ad implementare i meccanismi di mercato: di qui l'imposizione alle

banche dell'obbligo di divulgare al pubblico e in dettaglio la propria offerta contrattuale, ed altresì il divieto di riferimento agli usi in materia di condizioni economiche.

Inoltre, la constatazione dell'esistenza di un forte potere di mercato da parte delle banche, possibile fonte di abusi nei confronti della clientela³⁰⁵, induceva ad introdurre talune cautele di carattere formale, come la forma scritta del contratto e la necessaria pattuizione per iscritto delle condizioni economiche del rapporto.

Successivamente alla sua introduzione, però, la disciplina del capo I è andata incontro ad una certa frammentazione.

Anzitutto, è stata attuata nel nostro Paese, con d.lgs. 6.02.1996, n. 52, la direttiva comunitaria sui contratti con i consumatori (artt. 1469- bis ss. c.c., oggi trasfusi negli artt. 33 ss., d.lgs. n. 206/2005), con la conseguente introduzione di un doppio regime per talune materie regolate in via generale dal capo I, segnatamente il recesso e lo ius variandi.

Inoltre – in seguito alla constatazione di talune incertezze scaturite in riferimento al rapporto fra la disciplina del Testo Unico Bancario e quella della c.d. legge Sim (l. n. 1/1991) – l'art. 23, comma 4 TUF, introdotto con il d.lgs. 24.02.1998, n. 58 – come modificato dall'art. 3, d.lgs. 29.12.2006, n. 3030 e dall'art. 4, d.lgs. 17.09.2007, n. 164 – ha stabilito che le norme in materia di trasparenza bancaria non trovano applicazione ai servizi di investimento; a questi ultimi, difatti, è dedicata una specifica normativa (si tratta della c.d. trasparenza finanziaria). Si perveniva così ad una distinzione per funzione e non per soggetti.

In seguito, con l'introduzione del capo II-bis, in materia di servizi di pagamento, si è avuta una frattura sistematica di un certo rilievo, dal momento che l'intera materia della trasparenza viene regolata, per detti rapporti bancari – tra i quali le carte di credito e di debito nonché tutte le operazioni di pagamento svolte in esecuzione di un conto corrente bancario – in maniera completa ed autonoma, come significativamente sancito dalla norma di chiusura del 3° comma dell'art. 115 TUB; quest'ultima norma, infatti, non fa salvo il

³⁰⁵ **ANTONUCCI A.**, *Diritto delle banche*, 4 ed., Milano, 2009, in part. 284.

carattere residuale della disciplina del capo I, ma sembra anzi negare a priori la sua applicazione ai servizi in questione³⁰⁶. Esso afferma, infatti, che le disposizioni del capo, a meno che siano espressamente richiamate, non si applicano ai contratti di credito disciplinati dal capo II e ai servizi di pagamento disciplinati dal capo II-bis³⁰⁷.

Invero, la menzionata frattura consegue, da una parte, all'impostazione formale del sistema ma, dall'altra, anche alle concrete scelte di disciplina, visto che in determinati ambiti le opzioni normative in materia di sistemi di pagamento – frutto di scelte adottate in sede comunitaria, a differenza del capo I – sembrano essere piuttosto distanti da quelle contenute nella disciplina generale.

Per fare un esempio, si pensi alla disciplina più elastica in materia di ius variandi ovvero allo spostamento degli adempimenti informativi dalla fase pubblicitaria alla fase precontrattuale.

Infine, mentre la formulazione originaria del terzo comma dell'art. 115 TUB manteneva un rapporto di genere a specie fra capo I e capo II, in sede di attuazione della direttiva sul credito ai consumatori si è seguito un criterio di autonomia, da cui discende che la normativa generale di trasparenza non è applicabile ai contratti di cui agli artt. 121 ss. Tuttavia, in materia di credito al consumo i richiami espressi agli articoli del capo I sono più frequenti di quelli che si rinvencono nel capo II-bis; e più in generale – nonostante dalla direttiva comunitaria sembrino emergere talune indicazioni di diverso segno – la normativa non presenta in realtà, fatta eccezione per la disciplina degli adempimenti pubblicitari, rilevanti punti di conflitto rispetto alla disciplina del capo I, pur distinguendosi da quest'ultima per il maggior dettaglio e la maggiore attenzione alla tutela della clientela, trattandosi di consumatori e di operazioni contrattuali di importo relativamente ridotto per

³⁰⁶ **SCIARRONE ALIBRANDI A.**, *sub art. 126-bis*, in Porzio M. (a cura di), *Testo Unico Bancario. Commentario*, Milano, 2010, 1079 ss., in part. 1085.

³⁰⁷ L'art. 115 TUB è stato modificato dall'articolo 34, comma 1, lettera a), del D.Lgs. 27 gennaio 2010, n. 11e sostituito dall'articolo 4 del D.Lgs. 13 agosto 2010, n. 141, con la decorrenza indicata al comma 2 dell'articolo 6 del medesimo D.Lgs. 141 del 2010.

le quali si ritiene sia minore il livello di attenzione e dunque sia maggiore l'esigenza di protezione della clientela. Indubbiamente, però, la nuova formulazione del terzo comma, rendendo autonomo il sistema dei contratti di credito al consumo, determina una ulteriore frammentazione del sistema, aumentando il novero delle operazioni bancarie sottratte alla disciplina del capo I.

Il nuovo regime di tripartizione del sistema di trasparenza ha, altresì, riversato una conseguente frammentazione sul piano della disciplina regolamentare applicativa.

Difatti, per le operazioni ed i servizi bancari e finanziari il Testo Unico Bancario prevede un frequente rinvio al potere regolamentare del CICR, esercitato con la delibera del 4.03.2003 e s.m.i., che contiene a sua volta talune sub-deleghe alla Banca d'Italia; quest'ultima emana disposizioni (periodicamente aggiornate, ed originariamente incluse nelle Istruzioni di Vigilanza, fino a quando il provvedimento del 29.07.2009 ha reso autonoma tale disciplina), attualmente contenute in un provvedimento denominato "Trasparenza delle operazioni e dei servizi finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti".

Quanto alla disciplina regolamentare dei servizi di pagamento, essa è direttamente emanata dalla Banca d'Italia, senza intervento preliminare del CICR, come previsto dalla disciplina degli artt. 126-bis e ss., ed è attualmente contenuta nella Sezione VI del provvedimento della Banca d'Italia del 29.07.2009, come modificato dalle disposizioni del 15.02.2010.

Per il credito al consumo, invece, la primaria fonte regolamentare è costituita dal d.m. economia (emanato in via d'urgenza ai sensi dell'art. 3, 2° comma TUB) del 3.02.2011, Sezione I, e a seguire dal menzionato provvedimento della Banca d'Italia sulla trasparenza datato 29.07.2009, Sezione VII, come modificato in data 9.02.2011 allo scopo di adeguare le disposizioni regolamentari al d.lgs. n. 141/2010. Gli ultimi interventi normativi hanno, pertanto, determinato – sia sul piano formale, sia su quello sostanziale – un significativo

cambiamento, dato che la disciplina del capo I si è trasformata da disciplina generale a disciplina di carattere residuale³⁰⁸.

Si nota, da una parte, che gli ambiti esclusi dall'applicazione del capo I hanno grande rilievo nelle attività delle banche; dall'altra parte, tuttavia, le indicazioni normative che emergono nei settori speciali sono frutto di scelte comunitarie, ispirate al principio di armonizzazione massima, e pertanto inderogabili anche in melius, dotate di particolare importanza.

Peraltro, la disciplina dei servizi di pagamento è connotata da uno standard di coerenza intrinsecamente più debole rispetto al capo I, dato che l'art. 126-bis, comma 3 TUB, conformemente alle disposizioni della direttiva, stabilisce che l'intera normativa in questione è derogabile, “interamente o parzialmente, se l'utilizzatore dei servizi di pagamento non è un consumatore o una microimpresa”, con ciò determinando una rilevante frattura con l'art. 127, comma 2 TUB, che prevede la derogabilità delle disposizioni contenute nel titolo VI (ma, evidentemente, solamente di quelle contenute nel capo I e nel capo II), “solo in senso più favorevole al cliente”.

In ogni caso, non deve però essere svalutata la portata normativa del capo I, all'interno del quale trovano pur sempre spazio disposizioni di chiara rilevanza pratica e sistematica, volte oramai a regolare – anche in seguito agli interventi legislativi succedutisi nel tempo in materia di anatocismo, ius variandi, valute, ecc... – buona parte dei profili critici in materia di contratti bancari.

D'altronde, si rivela unitaria anche la portata del capo III, “Regole generali e controlli”, e in particolare la disposizione dell'art. 127, comma 4 TUB, anch'essa introdotta dal d.lgs. n. 141/2010, che prevede due regole rilevanti dal punto di vista dell'impatto sistematico:

a) la rilevanza anche d'ufficio delle nullità previste dall'intero titolo VI;

³⁰⁸ **NIGRO A.**, *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla “consulenza” nella erogazione del credito?*, cit., in part. 33.

b) l'operatività delle predette nullità solamente “a vantaggio del cliente”, con conseguente divieto per il giudice di dichiarare la nullità ove ciò comporti uno svantaggio per il cliente stesso.

Il regime di autonomia dei tre ambiti regolamentati dal titolo VI – e cioè operazioni e servizi bancari e finanziari, credito al consumo, servizi di pagamento – non appare, pertanto, connotato da una rigida incomunicabilità.

A questo proposito, una dottrina³⁰⁹ ha enucleato dei criteri di ordine generale:

1) la non applicabilità in via diretta delle norme di cui al capo I alle materie del credito al consumo e dei servizi di pagamento non dovrebbe precludere né l'applicazione in via analogica, ove sussista una lacuna normativa nelle discipline speciali, né la possibilità di utilizzare la disciplina generale in chiave interpretativa di quella speciale;

2) la specialità delle discipline del capo II e del capo II-bis non dovrebbe precludere la possibilità di rinvenire, all'interno di queste ultime, disposizioni di carattere generale o che costituiscano espressione di principi normativi di settore, come tali applicabili in via analogica a tutta la materia dei contratti bancari³¹⁰.

La disposizione del primo comma dell'art. 115 TUB prevede che le norme del capo I si applichino alle attività svolte sul territorio italiano dalle banche e dagli intermediari

³⁰⁹ **MIRONE A.**, *La trasparenza bancaria*, cit., in part. 9 s.

³¹⁰ Cfr. **MUCCIARONE G.**, *La liceità delle “spese secondarie” nelle operazioni bancarie: l'impatto della direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 62 ss. Tale ricostruzione sembra anticipatoria della soluzione fatta propria dal d.lgs. n. 141/2010, il quale all'art. 127-bis ha sostanzialmente esteso a tutti i contratti bancari e finanziari la disciplina introdotta dal d.lgs. n. 11/2010 (126-ter), ove si prevede la gratuità delle informazioni obbligatorie per legge o per contratto (che adesso tuttavia è espressamente limitata, nell'art. 127-bis, alle sole informazioni trasmesse con strumenti di comunicazione telematica) e la regola di adeguatezza e proporzionalità ai costi effettivamente sostenuti con riferimento alle altre spese per informazioni e comunicazioni.

finanziari³¹¹. Ne deriva, pertanto, che la normativa è intesa come uno statuto generale dei contratti bancari e finanziari – fatte salve le espresse esclusioni – applicabile a tutta la clientela, anche di tipo professionale, ed a tutte le operazioni bancarie e finanziarie, indistintamente considerate, effettuate dalle banche e dagli intermediari di cui al titolo V.

Sotto il profilo dei beneficiari di tale disciplina, deve precisarsi che talune norme del capo I – e in particolare quelle in materia di pubblicità – sono rivolte alle sole operazioni destinate alla generalità degli utenti bancari³¹², con esclusione quindi sia delle operazioni strettamente individuali e personalizzate sia dei clienti che abbiano la natura di intermediari finanziari³¹³; invece, le restanti prescrizioni – ad esempio, quelle in materia di forma e di contenuto dei contratti (art. 117 TUB) – si applicano senza alcuna limitazione soggettiva.

³¹¹ **DOLMETTA A.A.**, *Sulla nozione di “banca” e di “trasparenza”: spunti dal d.lgs. n. 141/2010*, in *dir. Banc.*, 2011, 216 ss., in part. 217 ss. Detto Autore evidenzia che il rinvio contenuto nell’art. 115, comma 1 dovrebbe comportare l’applicazione della disciplina sulla trasparenza soltanto ai soggetti di cui all’esercizio congiunto ex art. 10, 1° comma, ma il medesimo Autore ritiene irragionevole tale soluzione, preferendo esprimersi per l’applicabilità della disciplina in questione anche nell’ipotesi di esercizio disgiunto delle attività tipiche. Del resto appare preferibile applicare l’art 115, comma 1 attenendosi a una nozione formale di “banca”, e ritenere dunque che la disciplina del Capo I si applichi quantomeno a tutte le imprese autorizzate e iscritte all’albo di cui all’art. 13 indipendentemente dal fatto che praticino effettivamente l’esercizio congiunto.

³¹² Vedasi Banca d’Italia, provvedimento del 29.07.2009. sez. II, par. I, 11. In dottrina, **MORERA U**, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, 163 ss, i part. 329. Una dottrina, **DE POLI M.**, *Il “contratto bancario” tra tutela della liquidità e trasparenza*, in *riv. Dir. Civ.*, 2004, 291 ss., ritiene invece che l’intera normativa si applichi alle sole operazioni offerte in serie con esclusione dei contratti che siano frutto di una negoziazione effettiva tra le parti.

³¹³ Banca d’Italia, provvedimento del 29.07.2009. sez. II, par. I, 11 e sez. I, par. 3, 7, nt. 1. In dottrina **MAZZINI F.**, *Contratti bancari. Tutela del cliente*, in *Digesto comm.*, Agg., Torino, 2007, 93. Ritiene invece illegittima detta limitazione per eccesso di delega **DE POLI M.**, *sub art. 116*, in De Cristofaro, Zaccaria (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010, in part. 1401.

Sotto il profilo delle operazioni oggetto della disciplina, si deve tenere presente che anche in tal caso le norme regolamentari in materia di pubblicità, giusta delega dell'art. 116, comma 3, lett. a), prevedono talune esclusioni, come risulta a contrario dall'elenco allegato alla delibera CICR del 4.03.2003³¹⁴, contenente i singoli contratti bancari e finanziari (invero la quasi totalità) soggetti agli obblighi pubblicitari³¹⁵; anche qui, però, ai rimanenti contratti ed operazioni bancarie e finanziarie non diversamente regolati³¹⁶ si applicano le restanti prescrizioni del capo I³¹⁷.

³¹⁴ L'elenco tassativo comprende, tra gli altri, i depositi, le obbligazioni, i mutui, le aperture di credito, le anticipazioni bancarie, il *leasing* finanziario, il *factoring*, gli altri finanziamenti, il versamento ed il prelievo di contante presso sportelli automatici. L'art. 3 prevede inoltre la possibilità per la Banca d'Italia di stabilire che altre operazioni e servizi siano riconducibili alle tipologie indicate in detto allegato.

L'allegato in parola è stato modificato dal d.m. economia del 3.02.2011 che ha riformulato l'intera delibera CICR ed ha eliminato alcune voci tra cui le obbligazioni e il versamento e prelievo di contante presso sportelli automatici.

³¹⁵ **ALPA G.**, *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003, in part. 209, nel senso della tassatività dell'elencazione di cui alla delibera citata. Detta delibera si trova pubblicata in *Dir. Banc.*, 2003, 3ss.

³¹⁶ Tra le operazioni incluse vi sono anche le garanzie rilasciate da terzi in favore delle banche, come previsto espressamente dall'allegato di cui all'art. 3 della delibera CICR del 4.03.2003. Invero, si è espressa nel senso della non automatica applicazione di tutta la normativa sulla trasparenza Cass., 9.11.2007, n. 23391, ritenendo che la fideiussione *omnibus* non debba contenere le condizioni contrattuali concordate nei rapporti bancari con il debitore garantito.

³¹⁷ **BUSSOLETTI M.**, *I destinatari della disciplina*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di Ferro-Luzzi, Castaldi, Milano, 1996, I destinatari della disciplina, in *La nuova legge bancaria*, a cura di Ferro-Luzzi, Castaldi, Milano, 1996, in part. 1820. Vedasi, altresì **MORERA U.**, *Contratti bancari (disciplina generale)*, cit., in part. 330, nt. 754, il quale rileva come le operazioni non menzionate nell'allegato siano quelle più complesse per le quali sarebbe opportuno che si sviluppasse una effettiva e completa trattativa individuale tra banca e cliente.

Si può concludere, invece, per l'esclusione dall'ambito oggettivo di applicazione della disciplina delle operazioni di natura non bancaria o finanziaria, ovvero delle altre attività connesse o strumentali di cui all'art. 10, comma 3³¹⁸.

Invero, altra dottrina³¹⁹ ritiene che la disciplina del capo I trovi applicazione a tutti i contratti stipulati dalle banche, anche nell'ambito delle attività strumentali o connesse ove ammissibili ai sensi dell'art. 10, comma 3, ad esempio alla vendita di libri per corrispondenza o alle forniture informatiche; ciò si ricaverebbe dal tenore testuale dell'art. 115 TUB.

In effetti, la tesi esaminata da ultimo pare compatibile con la lettera dell'art. 115, comma 1 TUB, la quale prevede l'applicabilità delle norme del capo I alle attività svolte sul territorio italiano da banche e intermediari finanziari; essa tuttavia strascendere lo scopo di tutelare la clientela in ambito bancario e finanziario, circostanza che fa propendere per un'interpretazione più restrittiva.³²⁰

Sul piano dei destinatari della normativa, la formulazione del citato primo comma suggerisce la piena applicazione anche alle banche straniere – comunitarie o extracomunitarie – che stabiliscano succursali all'interno del territorio italiano. In caso di libera prestazione di servizi, sembra invece opportuno ritenere che le norme si applichino alle banche straniere solo in caso di spostamento del prestatore di servizi, e non nel caso di spostamento del cliente³²¹.

Il secondo comma dell'articolo in parola, inoltre, prevede la possibilità per il Ministro dell'economia e delle finanze di estendere la disciplina in oggetto anche ad altri soggetti ed in considerazione dell'attività svolta; come è evidente, non sono stati precisati espressamente i criteri da seguire nello svolgimento di tale opzione. La norma, tuttavia, è stata utilizzata in passato al fine di estendere la disciplina a soggetti che svolgono attività ausiliaria, contigua o affine rispetto all'attività tipica delle banche e degli intermediari finanziari. In tal senso, la delega è stata utilizzata per i mediatori

³¹⁸ **MORERA U.**, *op. cit.*, in part. 330.

³¹⁹ **DOLMETTA A.A.**, *Sulla nozione di "banca" e di "trasparenza": spunti dal d.lgs. n. 141/2010*, cit., in part. 216 ss.

³²⁰ **MIRONE A.**, *La trasparenza bancaria*, cit., in part. 16.

³²¹ **ANTONUCCI A.**, *Diritto delle banche*, cit., in part. 285.

crediti³²², gli istituti di moneta elettronica³²³, gli operatori nel settore dei bonifici transfrontalieri³²⁴, nonché – unica tra le estensioni regolamentari ad essere rimasta attualmente in vigore sebbene riformulata dal d.m. Economia del 3.02.2011 – per i servizi "bancoposta" di Poste Italiane S.p.a.³²⁵.

IV.D) La trasparenza informativa: il sistema

L'art. 116, comma 1 TUB ha subito, ad opera del d.lgs. n. 141/2010, alcune modifiche.

Anzitutto, non è più previsto che la pubblicità sulle condizioni economiche – ossia i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni ed ai servizi offerti, compresi gli interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi, nonché il TAEG per quanto riguarda le operazioni di finanziamento – debba essere effettuata, da banche e intermediari, in ciascun locale aperto al pubblico, ma soltanto che la stessa debba essere effettuata, secondo le modalità stabilite dal CICR in forza del 3° comma della medesima norma, in modo che siano resi “noti in modo chiaro”³²⁶ ai clienti i tassi e gli altri elementi dell'offerta, senza far ricorso al rinvio agli usi.^{327 328}

³²² A tal proposito, l'art. 128-decies, introdotto dal d.lgs. n. 141/2010, prevede al suo 1° comma che le norme del Titolo VI si applichino in quanto compatibili e che la Banca d'Italia possa stabilire ulteriori regole finalizzate a garantire la trasparenza e correttezza dei rapporti con la clientela. Con il d.m. economia del 3.02.2011 è stata aggiunta ai mediatori creditizi la nuova figura degli agenti in attività finanziaria (art. 128-quater).

³²³ L'estensione a detti istituti della normativa sulla trasparenza è oggi espressamente prevista dall'art 114-quinquies, 1° comma.

³²⁴ I quali oggi sono regolati dal capo II-bis in forza dell'art. 126-quinquies.

³²⁵ Cfr. d.p.r. 14.03.2001, n. 144.

³²⁶ La mancanza di un riferimento al carattere della completezza accanto a quello della chiarezza sembra riflettere la soppressione nell'art. 119 del richiamo alla completezza delle comunicazioni periodiche alla clientela e pare da inserirsi nella linea di pensiero per cui l'eccesso di informazioni potrebbe avere effetti negativi sugli utenti, confondendoli. Peraltro, il d.m. economia del 3.02.2011 nel modificare la delibera CICR del 4.03.2003 non è intervenuto sull'art. 2 di questa, in virtù del quale le informazioni dovevano essere date

Inoltre, è stato eliminato, dagli elementi oggetto di informazione obbligatoria, il riferimento alle “spese per le comunicazioni alla clientela”. Appare plausibile che di ciò siano causa le disposizioni restrittive contemporaneamente introdotte nel nuovo art. 127-bis, a norma del quale talune informazioni obbligatorie – quelle trasmesse per via telematica – sono gratuite mentre tutte le altre, siano o meno

alla clientela con modalità adeguate alla forma di comunicazione adoperata, in modo chiaro e esauriente, con riguardo anche alle caratteristiche dei rapporti e dei destinatari.

In dottrina **MORERA U.**, *Legislazione razionale versus investitore irrazionale, in analisi giur. Econ.*, 2009, 77 ss.;; **CAFAGGI F.**, *Attuazione della direttiva n. 450/85/CEE in materia di pubblicità ingannevole, in Leggi civ. comm.*, 1993, 691 ss..

Cfr. anche la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 141/2010.

Sul tema vedasi anche **MORERA U.**, *Il concetto di “chiarezza” nel rapporto bancario, relazione al convegno La trasparenza bancaria, oggi*, Università degli studi di Macerata, 6-7.10.2011, registrazione video in www.webhouse.unimc.it/economia/laboratoriovicarelli.it, per il quale il concetto di chiarezza sarebbe da ricondurre a quello di “agevole e immediata percepibilità e comprensibilità”, e che richiederebbe anche spiegazioni orali alla clientela, le quali tuttavia non sono previste dalla disciplina regolamentare, imperniata invece interamente su illustrazioni scritte.

Il provvedimento della Banca d’Italia del 29.07.2009, aggiornato da ultimo il 20.06.2012, Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti, sezione I, par. 1.4 prevede che i documenti informativi predisposti dalla banca si attengano ai seguenti criteri: elevati livelli di leggibilità dell’impaginazione; ordine logico e di priorità delle informazioni, che assecondi le necessità informative del cliente e faciliti la comprensione e il confronto delle caratteristiche dei prodotti; semplicità sintattica e chiarezza lessicale calibrate sul livello di alfabetizzazione della clientela cui il prodotto è destinato; coerenza tra presentazione delle informazioni e canale comunicativo.

Inoltre, l’art. 125-bis impone agli intermediari nel credito al consumo di esporre nel contratto le informazioni e le condizioni stabilite dalla Banca d’Italia in modo chiaro e conciso.

³²⁷ **DE POLI M.**, *sub art. 116*, cit., in part. 1408.

³²⁸ In seguito alla legge n. 262/2005, il 1° comma della norma in parola, ultimo periodo, prevede l’indicazione obbligatoria del TEGM. Detta previsione consente, in teoria, al cliente di confrontare l’offerta della banca con la media di mercato.

obbligatorie, sono comunque soggette alla regola di adeguatezza e proporzionalità ai costi effettivamente sostenuti dall'intermediario.

La prima tra le esposte novità sembrerebbe preludere ad un futuro abbandono della tradizionale impostazione della trasparenza informativa, fondata su avvisi e fogli informativi cartacei, esposti al pubblico nei locali delle banche³²⁹. Invero, siffatta documentazione è da più parti considerata come di non particolare interesse per la clientela³³⁰, da un lato perché non si è sviluppata un'effettiva abitudine di quest'ultima a consultare i fogli informativi cartacei prima della conclusione del contratto, da un altro lato perché le informazioni superano la capacità di comprensione della media degli utenti impedendo a questi di farne un utilizzo proficuo, da un altro lato ancora perché la normativa regolamentare consente alle banche di indicare anche prezzi minimi (per le operazioni passive) e massimi (per le operazioni attive) che sono spesso assai distanti da quelli effettivamente praticati, con un conseguente depotenziamento della loro funzione pubblicitaria.

Del resto, le disposizioni attuative della Banca d'Italia, in vigore dal 2009, impongono alle banche la pubblicazione della documentazione sul sito internet, con l'intento di accrescere sia la facilità di consultazione sia la funzione pubblicitaria dei relativi adempimenti.³³¹

³²⁹ La nuova formulazione della delibera CICR, modificata dal d.m. economia del 3.02.2011, ha soppresso l'obbligo di esposizione al pubblico nei locali della banca della documentazione informativa di cui all'art. 4, prevedendo un più flessibile obbligo di mettere i documenti a disposizione dei clienti.

³³⁰ **CALLEGARI M.**, in CALLEGARI M., CAVALLI G., *Lezioni sui contratti bancari*, 2 ed., Bologna, 2011, 39 s.; **MORERA U.**, in BRESCIA MORRA, MORERA, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale di Notariato*, a cura di Perlingieri, Napoli, 2006, in part. 337.

³³¹ **MIRONE A.**, *La trasparenza bancaria*, cit., in part. 20 ss. Su questo punto, mentre il testo originario della delibera CICR prevedeva un obbligo di mettere a disposizione la

Invero, preme evidenziarsi che né la direttiva in materia di credito al consumo (ora vedasi l'art. 124 TUB), né quella in materia di servizi di pagamento (cfr. l'art. 126-quater TUB), prevedono adempimenti pubblicitari obbligatori; piuttosto, queste indirizzano gli oneri informativi degli intermediari alla fase precontrattuale, facendo espresso riferimento alle condizioni effettivamente offerte al singolo cliente, e conseguentemente determinando una rilevante contraddizione fra l'impianto del capo I e quello dei settori speciali³³². Tuttavia, l'art. 116 TUB continua a riferirsi, sia nel comma 1 (in relazione al TEGM) sia nel comma 3, alla "pubblicità"; pertanto, il sistema generale della trasparenza bancaria, a differenza dei regimi speciali, rimane fondato su un sistema di pubblicità – o se si vuole, di informazione forzosa³³³ – rivolto alla generalità degli utenti, con l'unica novità relativa alla completa delegificazione in materia di definizione delle modalità di adempimento degli obblighi informativi.

Il sistema pubblicitario regolato dall'art. 116 menzionato mantiene, peraltro, un ruolo centrale anche in relazione alle successive prescrizioni contenutistiche dell'art. 117, che al comma 6 prevede il divieto di applicare tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli di quelli pubblicizzati, determinandosi altrimenti la nullità parziale del contratto e la sostituzione dei prezzi contrattuali con i tassi di

documentazione sul sito *internet* nel solo caso in cui la banca si avvalga di tecniche di comunicazione a distanza, il nuovo testo, come modificato dal d.m. economia del 3.02.2011, delega alla Banca d'Italia l'individuazione dei casi in cui la documentazione deve esser messa a disposizione *on line*.

³³² **MIRONE A.**, *La trasparenza bancaria*, cit., in part. 22; ID., *L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto*, cit., in part. 573 ss.

³³³ **MIRONE A.**, *La trasparenza bancaria*, cit., in part. 22. Cfr. **DE POLI M.**, *sub art. 116*, cit., in part. 1402 s., che evidenzia come l'art. 116 non regoli la pubblicità a carattere promozionale, disciplinata invece nel credito al consumo (art. 123).

favore previsti dall'art. 117, comma 7, lett. a³³⁴, o con gli altri prezzi e condizioni previsti nella documentazione pubblicitaria.³³⁵

Inoltre, l'inserimento automatico delle condizioni economiche diverse dai tassi, indicate ai sensi dell'art.116 TUB, si applica anche nell'ipotesi in cui venga violato l'obbligo di indicare nel contratto i prezzi e gli oneri del rapporto (art. 117, comma 4 TUB).

Sotto un certo punto di vista, tale assetto sembra consentire alle banche di violare senza rischi – quando non addirittura con possibili vantaggi – la regola dell'art. 117, comma 4, applicando in tal caso senza ostacoli tutte le condizioni economiche (diverse dai tassi) espone nei fogli informativi³³⁶. La formulazione della norma antecedente all'intervento del d.lgs. n. 141/2010, prevedeva peraltro l'applicazione delle condizioni pubblicizzate nel corso della durata del rapporto, così consentendo teoricamente alle banche di modificare i prezzi diversi dai tassi, senza rispettare le limitazioni procedurali (obbligo di comunicazione) e sostanziali (giustificato motivo) previste dall'art. 118 TUB.

Tale possibilità è stata, però, eliminata dal nuovo testo, che ha stabilito come regola l'applicazione delle condizioni pubblicizzate al momento della conclusione del contratto, consentendo l'applicazione delle condizioni in vigore al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso solo qualora esse siano più favorevoli per il cliente, con ciò riducendo significativamente i potenziali menzionati inconvenienti.

³³⁴ Ritiene che si applichino anche in detto caso, e non solo nell'ipotesi di violazione del comma 4, i tassi di cui all'art. 117, comma 7, lett. a) e non i tassi pubblicizzati, **NIGRO A.**, *Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie e contenuto delle condizioni contrattuali: note esegetiche*, cit., in part., 516.

³³⁵ **ANTONUCCI A.**, *Diritto delle banche*, cit., in part. 286, si esprime nel senso di un intreccio tra le norme sulla pubblicità e quelle in materia di contenuto dei contratti.

³³⁶ Cfr. Trib. Napoli, 24.11.2000, la quale ha ritenuto valida la clausola contrattuale di rinvio alle condizioni pubblicizzate ex art. 116.

Non rispettare le regole in materia di adempimenti pubblicitari comporta, in ogni caso, l'applicazione delle sanzioni amministrative di cui all'art. 144, comma 3 TUB a carico degli organi amministrativi e di direzione nonché a carico dei dipendenti responsabili, oltre la possibile applicazione delle misure inibitorie di cui all'art. 128- ter TUB.³³⁷

Inoltre, l'omissione - totale o parziale - degli adempimenti pubblicitari determina *tout court* l'applicazione delle sanzioni civilistiche previste per l'indicazione nel contratto di condizioni negoziali peggiori di quelle pubblicizzate (art 117, commi 6 e 7 TUB). In detta ipotesi, pertanto, si applicheranno i tassi sostitutivi di cui all'art. 117, comma 7, lett. a, e nulla sarà dovuto a titolo di spese, commissioni ed altri oneri del rapporto³³⁸.

Parte della dottrina si discosta da detta conclusione argomentando che l'art. 117, comma 7, lett. b limiterebbe testualmente la nullità al caso in cui la mancata pubblicità sia accompagnata dalla mancata indicazione delle condizioni economiche nel contratto o dal rinvio agli usi, in violazione dei commi 4 e 6 del medesimo articolo³³⁹.

³³⁷ La violazione della normativa settoriale di trasparenza può configurare, inoltre, una pratica commerciale scorretta ex art. 20 ss. cod. cons.. In effetti, il settore bancario è stato destinatario di una grande quantità di provvedimenti sanzionatori da parte dell'AGCM. Sul punto, vedasi **MELI M.**, *Le pratiche commerciali scorrette nella relazione banca-cliente, in Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Torino, 2011, 104 ss.; **GENOVESE A.**, *Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario. Gli interventi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in giur. Comm.*, 2011, 200 ss., ove, oltre ad un'ampia rassegna dei provvedimenti, si trova anche un'analisi delle problematiche scaturenti dal coordinamento con i poteri di controllo della Banca d'Italia in materia di trasparenza.

³³⁸ **MIRONE A.**, *La trasparenza bancaria*, cit., in part. 23 s. Così anche **SILVETTI C.**, in **CALANDRA BUONAURA, PERASSI, SILVETTI**, *La banca: l'impresa e i contratti, in Trattato di diritto commerciale*, a cura di **COTTINO**, VI, Padova, 2001, in part. 384.

³³⁹ **DE POLI M.**, *sub art. 116*, cit., in part. 1409.

Invero, detta obiezione potrebbe essere indebolita dalla considerazione che la nullità per mancato rispetto degli adempimenti pubblicitari viene comunque ricavata dal comma 6 e cioè dal divieto di pattuire condizioni più sfavorevoli di quelle pubblicizzate³⁴⁰.

Più incerto appare il rilievo civilistico da riconoscere all'obbligo di chiarezza nella documentazione informativa. A tal proposito, parte della dottrina³⁴¹ ipotizza per un verso una responsabilità precontrattuale della banca e per altro verso la disapplicazione, caso per caso, della regola di sostituzione automatica delle clausole di cui all'art. 117, comma 7, lett. b.

Di grande rilievo è la delega in campo pubblicitario attuata dalla normativa vigente.

Difatti, l'art. 116, comma 3 TUB delega il CICR ad emanare disposizioni attuative in materia di individuazione delle operazioni e dei servizi da sottoporre a pubblicità nonché disposizioni integrative sulla forma, sul contenuto e sulle modalità della pubblicità, sulla conservazione dei relativi documenti, sui criteri uniformi per l'indicazione e il calcolo delle condizioni economiche, sugli annunci pubblicitari.

La prima fonte delegata, in materia di pubblicità, è costituita pertanto dalla deliberazione CICR 4.03.2003, come modificata dal d.m. economia 3.02.2011. A sua volta, detta delibera rinvia più volte (segnatamente, artt. 3, 4, 5, 9) ad ulteriori disposizioni integrative della Banca d'Italia, oggi contenute nel provvedimento del 29.07.2009, come modificato da ultimo in data 9.02.2011, con riferimento pressoché esclusivo alle disposizioni in materia di credito al consumo.³⁴²

³⁴⁰ **MIRONE A.**, *La trasparenza bancaria*, cit., in part. 25.

³⁴¹ **MIRONE A.**, *La trasparenza bancaria*, cit., in part. 24 s.

³⁴² **NIGRO A.**, *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, in *dir. Banc.*, 1993, 575 ss., il quale si mostra piuttosto critico circa l'utilizzo pervasivo della delega regolamentare nel TUB. Detto processo di delegificazione sarebbe ormai inevitabile a parere di **RUFINI T.**, *Banche (trasparenza delle condizioni contrattuali)*, in *Digesto comm.*, Agg., Torino, 2000, 91 ss.

L'intervento normativo effettuato con la menzionata delibera CICR del 2003, come è noto, è giunto con un sensibile ritardo, e pertanto le Istruzioni di vigilanza emanate dalla Banca d'Italia prima del TUB, in forza della l. n. 152/1992, hanno avuto la possibilità di permanere in vigore per lungo tempo, grazie alla disposizione transitoria di cui all'art. 161, comma 5.

La delibera 2003³⁴³ – ritoccata nel 2011, ma solo su punti marginali – ha comunque apportato non poche modifiche all'impianto originario delle Istruzioni.

Anzitutto, il cd. avviso di trasparenza è stato sostituito da un più generale documento sui diritti del cliente, elaborato sulla base delle disposizioni della Banca d'Italia (art. 4).

Inoltre, è avvenuta la sostituzione dei cd. fogli analitici con i nuovi fogli informativi, contenenti una serie di informazioni sull'intermediario, sui costi, sulle condizioni contrattuali³⁴⁴ e sui rischi del rapporto, elaborati anche in modo graduato, sulla base della diffusione e della complessità delle operazioni, secondo le disposizioni attuative della Banca d'Italia (art. 5).

Infine, si è avuta l'introduzione di un documento di sintesi allegato al contratto, che ne contiene le principali condizioni economiche, da utilizzare anche per le comunicazioni periodiche (art. 9, comma 1) e del cd. ISC (Indicatore Sintetico di Costo) del servizio, comprensivo degli interessi e di tutti gli oneri economici concorrenti a determinare il costo di ogni operazione bancaria per il cliente, da adottare secondo la formula e per i servizi individuati dalla Banca d'Italia (art. 9, comma 2).

³⁴³ Tra i commenti alla delibera in parola si veda **COLAVOLPE A.**, *Operazioni e servizi bancari e finanziari: i controlli della Banca d'Italia in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *riv. Dir. Priv.*, 2004, 661 ss. e **LIACE G.**, *Le nuove istruzioni di vigilanza in tema di trasparenza bancaria*, in *Contratto e impresa*, 2003, 1530 ss.

³⁴⁴ In passato, invece, le disposizioni attuative in materia di adempimenti pubblicitari riguardavano solo le condizioni economiche e non anche quelle normative (**MIRONE A.**, *La trasparenza bancaria*, cit., in part. 27 nt. 16; **ID.**, *Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza*, Torino, 2003, 44 ss.).

A seguito del massiccio ricorso che viene fatto allo strumento della sub-delega, deriva che la disciplina relativa agli adempimenti pubblicitari si rinvenga pressoché integralmente nelle disposizioni attuative della Banca d'Italia, e non già nella delibera CICR, che contiene in realtà ben poche norme di carattere autosufficiente.

La nuova regolamentazione sembra voler semplificare gli adempimenti, ove questi non risultino necessari ad una corretta informazione dei clienti, ma al contempo migliorare la qualità delle informazioni mediante la previsione anche di una serie di nuovi strumenti, come il menzionato ISC (Indicatore Sintetico di Costo), volti ad agevolare la capacità da parte della clientela di valutare il costo effettivo dei servizi bancari.³⁴⁵

Volendo esporre in sintesi quali siano state le principali novità regolamentari, si deve evidenziare, in primo luogo, l'avvenuta prescrizione di un generale dovere di redazione dei documenti informativi secondo modalità che garantiscano l'effettiva completezza, chiarezza e comprensibilità delle informazioni, accompagnato da una dettagliata guida per le banche alla redazione dei documenti di trasparenza, che si mostra attenta alla semplicità della terminologia ed alla leggibilità dei testi.

In secondo luogo, assume rilievo l'introduzione del "documento sui diritti del cliente", che va a sostituire il precedente "avviso sulla normativa di trasparenza" del Testo Unico bancario. Si tratta di una sorta di vademecum sui diritti della clientela bancaria, che si presenta di agevole consultazione e non più limitato alle sole prescrizioni del Testo Unico Bancario ma esteso a tutta la normativa in vigore (TUB, codice del consumo, leggi speciali, ecc...). Il documento in parola, a differenza di quel che accadeva in passato, è rigidamente

³⁴⁵ I fogli informativi, invero, contengono un ISC teorico, sulla base di ipotesi *standard* predefinite di utilizzazione del prodotto, e le banche sono tenute a pubblicizzare soltanto i costi massimi del servizio secondo schemi predisposti dalla Banca d'Italia; ciononostante, il rafforzamento dell'aspetto informativo – in particolare grazie ai siti *internet* degli istituti di credito – potrebbe portare le banche a pubblicizzare nei fogli informativi i costi effettivi dei servizi onde evitare di avere negative ricadute pubblicitarie.

standardizzato dalla Banca d'Italia, risultando, pertanto, sostanzialmente unico sul mercato. Questo doveva essere esposto in tutti i locali della banca aperti al pubblico ma tale previsione è oggi superata dall'art. 4 della delibera CICR del 4.03.2003, come modificata dal d.m. Economia del 3.02.2011, che ha eliminato la necessità di tale adempimento; lo stesso deve essere tenuto a disposizione della clientela mediante copia asportabile.

Inoltre, sono state introdotte delle "guide informative" sui principali prodotti bancari (segnatamente, conti correnti e mutui), finalizzate a descriverne le caratteristiche fondamentali, che le banche devono mettere a disposizione dei consumatori. Tale strumento sostituisce alcune iniziative autoregolamentari precedentemente avviate dall'ABI (nell'ambito del consorzio cd. "Patti Chiari"). Si è dubitato, invero, dell'effettiva rilevanza che tale prescrizione possa avere, in particolare sui meccanismi concorrenziali, sebbene, almeno in una certa misura, essa determini qualche dubbio in relazione all'introduzione di prodotti innovativi che presentino deviazioni rispetto alle caratteristiche indicate nelle guide. Si ritiene, peraltro, che le guide non possano comunque vincolare le banche ad offrire prodotti che siano necessariamente conformi alle descrizioni formulate dalla Banca d'Italia.³⁴⁶

Poi, i "fogli informativi" sostituiscono e semplificano i precedenti "fogli analitici"; essi devono essere messi dalle banche a disposizione nei propri locali e sul sito internet. In questi fogli sono state alleggerite le parti relative alle informazioni sull'intermediario (parte I), alle caratteristiche dei prodotti (parte II) e alle clausole contrattuali (parte IV), che adesso consistono in poche clausole, ritenute di particolare interesse per la clientela (ad esempio, recesso, tempi di chiusura del rapporto, mezzi di tutela giudiziaria)³⁴⁷. Quanto alla parte economica, detti fogli vengono distinti in una parte standard – contenente dettagliate informazioni sulla banca, sulle caratteristiche del prodotto e sulle

³⁴⁶ **MIRONE A.**, *La trasparenza bancaria*, cit., in part. 29 s.

³⁴⁷ Potrebbe essere ritenuta dubbia la legittimità della previsione in esame, in quanto l'art. 116 si potrebbe riferire alle sole condizioni economiche. Vedasi **COSTI R.**, *L'ordinamento bancario*, cit., in part. 676, per il quale devono essere pubblicizzate le condizioni normative aventi impatto economico.

condizioni economiche dell'operazione (tassi, commissioni, ecc...) – ed una seconda parte aggiuntiva (servizi a richiesta, ecc...) in modo da concentrare l'attenzione della clientela sulle condizioni più importanti.³⁴⁸

Fra le condizioni economiche è prevista l'indicazione del cd. ISC³⁴⁹, valorizzato secondo diversi profili–tipo di utenza (ove i costi dipendano dalla frequenza e dalle modalità di utilizzo da parte del cliente) al fine di esprimere con un unico indice – sotto forma di tasso per i finanziamenti e di prezzo per gli altri servizi – il presumibile costo annuale complessivo del prodotto.

Come già in passato, i fogli informativi devono indicare le condizioni economiche nella misura massima (ove si tratti di costi per il cliente) o nella misura minima (ove si tratti di costi per la banca) e non nella misura effettivamente praticata. E', altresì, consentito alle banche di non indicare un valore fisso, ma una fascia di oscillazione; detta facoltà è stata effettivamente utilizzata dalle banche, con la conseguenza di privare normalmente i fogli informativi di un concreto interesse per la clientela.

Anche i fogli vanno tenuti a disposizione nei locali e su internet, mentre l'obbligo di consegna personale al cliente sussiste solo in caso di offerta fuori sede.

Viene, altresì, previsto il diritto del cliente di ricevere prima della stipula una copia della bozza di contratto (o, in subordine, su richiesta del cliente, del solo documento di sintesi). Il rilascio di detta copia può essere subordinato, nei contratti di finanziamento, al pagamento di una somma preventivamente pubblicizzata e non eccedente le spese di istruttoria, ma è prevista la gratuità del rilascio per i mutui immobiliari, dal momento in cui viene concordata la data di stipula notarile; in ogni caso, resta fermo il diritto a ricevere gratuitamente lo

³⁴⁸ **MIRONE A.**, *La trasparenza bancaria*, cit., in part. 29 s.

³⁴⁹ L'ISC nei fogli informativi è previsto non per tutti i servizi bancari bensì per mutui, anticipazioni bancarie e altri finanziamenti, per le aperture di credito (limitatamente ai clienti al dettaglio), per i conti correnti (limitatamente ai soli consumatori).

schema standard di contratto, il quale è privo delle condizioni economiche ma contiene le condizioni generali di contratto.³⁵⁰

Invece, ai sensi dell'art. 124, comma 4 TUB, testo vigente, il rilascio è completamente gratuito per i contratti di credito con i consumatori.

Inoltre, ai contratti è allegato il "documento di sintesi", contenente le principali condizioni economiche del rapporto. Esso riproduce la struttura del foglio informativo, al punto che, ove il contratto non si discosti dalle condizioni pubblicizzate, la consegna del documento di sintesi può essere omessa³⁵¹.

Si deve evidenziare, tuttavia, che il documento di sintesi contiene, a differenza dei fogli, le effettive condizioni applicate al singolo contratto e non quelle pubblicizzate per la generalità della clientela³⁵².

Con riguardo agli "estratti conto" si prevede, in particolare: l'obbligo di includere un documento di sintesi contenente le principali condizioni economiche in vigore, così da creare continuità ed omogeneità fra le informazioni fornite in sede di pubblicità con il foglio informativo e quelle fornite in sede di stipula contrattuale e di esecuzione del rapporto con i documenti di sintesi; l'obbligo di riportare, almeno nell'estratto conto di chiusura annuale, tutte le modifiche adottate nel periodo; l'obbligo, per tutti i conti correnti con clientela al dettaglio, di riportare al

³⁵⁰ Detto diritto era previsto come rinunciabile da parte del cliente sulla base delle Istruzioni di vigilanza del 2003, ma il provvedimento della Banca d'Italia del 29.07.2009, sez. II, § 6, ha eliminato tale previsione. Vedasi in argomento **DE POLI M.**, *sub art. 116*, cit., in part. 1407.

³⁵¹ Fra le condizioni economiche rientra anche l'ISC, con l'eccezione dei contratti di conto corrente, per i quali la Banca d'Italia ha accolto le obiezioni sollevate dall'ABI, in sede di consultazione, relativamente alla presunta difficoltà o meglio onerosità sul piano tecnico di un obbligo, a carico della banca, di personalizzare l'ISC al momento della stipula.

³⁵² **MIRONE A.**, *La trasparenza bancaria*, cit., in part. 32, nt. 30.

Contra **LIACE G.**, *op. cit.*, in part. 1539, che considera superfluo il documento di sintesi proprio in quanto ripetitivo dei fogli informativi.

31 dicembre il riepilogo annuale delle spese complessivamente sostenute nell'anno solare per la tenuta del conto e per i servizi di liquidità e di pagamento, richiamando segnatamente l'attenzione del cliente sulla possibilità di confrontare il totale delle spese con l'ISC del rapporto in essere e di altri eventuali prodotti contrattuali; l'obbligo di riportare, per i soli rapporti di conto corrente con i consumatori, l'ISC pubblicizzato sul foglio informativo dello stesso prodotto (o, se non più offerto, di prodotto equivalente) messo a disposizione della clientela.

Vi sono anche prescrizioni relative agli "annunci pubblicitari", che confermano la necessità che essi debbano essere svolti specificando la natura di messaggio pubblicitario, rendendo nota la disponibilità dei fogli informativi e indicando, in caso di riferimento esplicito ai costi del rapporto, anche gli ISC previsti come obbligatori dalla normativa secondaria.

Infine, viene previsto l'obbligo per le banche di adottare procedure organizzative che siano idonee, da un lato, ad evitare che la clientela sia indirizzata verso prodotti inadatti rispetto alle proprie esigenze finanziarie e, dall'altro lato, ad assicurare una corretta trattazione dei reclami della clientela, inclusa l'adesione al nuovo Arbitro Bancario Finanziario di cui all'art. 128-bis TUB.³⁵³

Analizzando l'ultimo comma dell'art. 116 TUB, infine, ci si avvede che esso contiene una norma generalmente considerata ridondante, in quanto non verrebbe messo in dubbio,

³⁵³ Il 2° comma della norma in esame apparentemente ha poca attinenza con la materia della trasparenza bancaria, se non nella previsione di cui alla lett. c), che contempla la possibilità per il Ministero dell'Economia di prevedere adempimenti pubblicitari obbligatori per i soggetti collocatori di titoli del debito pubblico. Scopo prevalente della disposizione pare essere quello di consentire, in via regolamentare, la fissazione di un tetto alle commissioni per il collocamento. Invero, la norma è stata criticata per la sua possibile valenza anticoncorrenziale, ma deve considerarsi che essa è volta primariamente a tutelare l'interesse dello Stato al collocamento dei titoli di Stato, in ragione del fatto che ogni incremento delle commissioni per il cliente si può tradurre in un corrispondente aumento degli oneri a carico dello Stato stesso (**MIRONE A.**, *La trasparenza bancaria*, cit., in part. 33).

anche qualora essa mancasse, che la pubblicità obbligatoria per legge non determini alcun obbligo a contrarre per le banche.

Del resto, le condizioni economiche regolarmente pubblicizzate non presentano, di per sé, i requisiti di un'offerta vincolante al pubblico, dato che la disposizione di cui all'art. 117, comma 6 TUB fa salva la pattuizione di condizioni più favorevoli per il cliente rispetto a quelle pubblicizzate e visto che la normativa regolamentare consente di indicare in pubblicità solo prezzi minimi e massimi.

Allo stesso modo, la disciplina regolamentare³⁵⁴ prevede che anche la consegna della copia del contratto prima della stipula non impegni a concludere il contratto stesso, così confermando che, sino alla definitiva stipulazione, nessuna delle parti è obbligata a porre in essere il rapporto contrattuale.³⁵⁵

IV.E) Trasparenza in corso di rapporto

La trasparenza deve essere assicurata anche nel corso del rapporto, come si evince dall'art. 119 TUB, il quale detta una serie di norme a riguardo.

Esso consente, anzitutto, di distinguere i contratti bancari di durata regolati in conto corrente da quelli non regolati in conto corrente.

Per tutti i rapporti bancari di durata, siano o meno regolati in conto corrente, il comma 1 della menzionata norma prevede che gli intermediari forniscano al cliente, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente stesso, alla scadenza del contratto e comunque almeno una volta all'anno, una comunicazione chiara³⁵⁶

³⁵⁴ Il riferimento è al provvedimento della Banca d'Italia del 29.07.2009, cit., sez. II, 6, 17.

³⁵⁵ **MIRONE A.**, *La trasparenza bancaria*, cit., in part. 34; **DE POLI M.**, *sub art. 116*, cit., in part. 1409 s.

³⁵⁶ Non si richiede più la completezza della comunicazione in seguito alla modifica introdotta dal d.lgs. n. 141/2010.

in merito allo svolgimento del rapporto, della quale sono stabilite dal CICR contenuto e modalità.

Se il rapporto di durata non è regolato in conto corrente, l'opzione per una periodicità infrannuale non costituisce un diritto del cliente, bensì deve essere concordata con l'intermediario³⁵⁷.

La delibera CICR prevista dal comma 1 è stata emanata il 4.03.2003 ma l'unica disposizione a tale titolo rilevante appare essere l'art. 12, comma 1, che in ogni comunicazione richiede che siano indicati il tasso di interesse e le altre condizioni in vigore; per il resto, ad esempio per le disposizioni relative al contenuto e alle modalità delle comunicazioni, viene fatto rinvio alle disposizioni applicative della Banca d'Italia.

Il provvedimento della Banca d'Italia del 29.07.2009³⁵⁸, aggiornato da ultimo il 9.02.2011, prevede che il rendiconto sia accompagnato da un documento di sintesi contenente le principali condizioni economiche, adottando modalità idonee a costituire un aggiornamento del documento di sintesi allegato al contratto.

E' previsto inoltre, nel medesimo provvedimento: che le condizioni, oggetto di modifica, siano riportate in grassetto; che i costi addebitati non possano superare le spese sostenute per il loro invio; che il contratto possa prevedere il ricorso a strumenti informatici e fermo il diritto del cliente di cambiare sistema di comunicazione³⁵⁹.

³⁵⁷ **PORZIO M.**, *sub art. 119*, in Porzio M. (a cura di), *Testo unico bancario*, Milano, 2010, in part. 1000; **MIRONE A.**, *La trasparenza bancaria*, cit., in part. 126 ss.

³⁵⁸ Sezione IV, par. 3.

³⁵⁹ Le Istruzioni prevedono, peraltro, alcune regole speciali; ad esempio, per i libretti di risparmio al portatore le banche debbono mettere a disposizione della clientela l'estratto conto annuale e il documento di sintesi per trenta giorni a partire dal 1° gennaio di ciascun anno presso la succursale in cui il rapporto è intrattenuto. Vedasi Cass., 12.05.2006, n. 11004, in *banca borsa*, 2007, II, 731. In dottrina, vedasi **MORERA U.**, in BRESCIA MORRA – MORERA, *L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto*, cit.; contra, **PORZIO M.**, *sub art. 119*, cit., in part. 1005.

Se il rapporto è regolato in conto corrente, il comma 2 dell'art. 119 TUB stabilisce che l'estratto conto debba essere inviato al cliente con periodicità annuale o, a scelta del cliente, con periodicità semestrale, trimestrale o mensile. In questa ipotesi, pertanto, la comunicazione periodica coincide con l'estratto conto.

Le comunicazioni sollevano, altresì, problemi quanto agli effetti legali. Generalmente, gli estratti conto sono considerati aventi natura di dichiarazione di scienza e non di volontà³⁶⁰. Inoltre, si ritiene che il diritto alla ricezione delle comunicazioni informative costituisca una situazione giuridica finale e non strumentale, azionabile indipendentemente dall'utilizzo che il cliente ne voglia fare e anche in via cautelare ex art. 700 c.p.c.^{361 362 363 364}

Il comma 3 dell'art. 119 TUB, stabilisce che in mancanza di opposizione scritta da parte del cliente, gli estratti conto e le altre comunicazioni periodiche alla clientela si intendono approvati trascorsi sessanta giorni dal ricevimento. Detta contestazione avente effetto impeditivo del meccanismo di approvazione tacita deve essere specifica e non generica, e deve riguardare dunque singole annotazioni³⁶⁵. Detto comma non esclude l'applicabilità

³⁶⁰ Vedasi **DE POLI M.**, *sub art. 116*, cit., in part. 1431.

³⁶¹ Trib. Napoli, 26.09.2000; Trib Catania, 24.11.1999.

³⁶² Ed indipendentemente dalla perdurante vigenza del rapporto. Vedasi Cass., 19.10.1999, n. 11733; Trib. Palermo, 17.10.2005. Vedasi anche Cass., 12.05.2006.

³⁶³ La banca potrebbe eccepire ex art. 2220 c.c., che le scritture contabili debbono essere conservate dall'imprenditore fino a dieci anni dalla data dell'ultima registrazione (ad esempio, vedasi Trib. Bari, 19.12.2006. Cfr. anche Cass., SU, 18.07.1994, n. 6707).

³⁶⁴ Inoltre, la prova dell'avvenuta ricezione degli estratti conto da parte del cliente può essere data anche per presunzioni semplici, essendo ritenuta legittima la prassi delle banche di inviare le comunicazioni a mezzo posta ordinaria. Vedasi Cass., 13.01.1988, n. 178, in *banca borsa*, 1989, II, 129. La giurisprudenza dell'ABF pare essersi orientata in senso diverso, seppur con riferimento specifico alle comunicazioni dell'art. 118, essendo pertanto incerta l'applicabilità della medesima soluzione anche alle comunicazioni periodiche (vedasi **FERRO R., LUZZI F.**, *Il "giustificato motivo" nello jus variandi: primi orientamenti dell'ABF*, in *Banca borsa*, 2011, I, 735 735).

³⁶⁵ **MORERA U.**, *Contratti bancari (disciplina generale)*, cit., in part. 375, nt. 900.

dell'art. 1832, comma 2 c.c., in base al quale l'approvazione – anche quella tacita – del conto non preclude il diritto di impugnarlo entro sei mesi³⁶⁶ dalla ricezione per errori di scritturazione o di calcolo, per omissioni o per duplicazioni.³⁶⁷

L'approvazione tacita non impedisce, comunque, al cliente di contestare le annotazioni eccedendo, entro gli eventuali termini comuni prescrizionali, l'invalidità delle clausole contrattuali e, in genere, l'illegittimità sostanziale delle annotazioni per violazione di legge.³⁶⁸

Il cliente³⁶⁹ ha il diritto di ottenere, a proprie spese, entro un congruo termine e comunque non oltre novanta giorni, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni.

Il comma 4 della norma in parola trova applicazione, diversamente dalle comunicazioni periodiche di cui al comma 1, a tutti i contratti bancari, senza eccezioni.

Al cliente possono essere addebitati solo i costi di produzione di tale documentazione³⁷⁰; a tal riguardo, l'intermediario deve indicare al cliente, al momento della richiesta, il presumibile importo delle relative spese³⁷¹.

Ci si è chiesti se la norma in parola consenta di richiedere tutta la documentazione in possesso della banca, relativa ad interi rapporti contrattuali, e non solo quella inerente a

³⁶⁶ Cass., 28.01.1983.

³⁶⁷ In giurisprudenza vedasi Cass., 9.05.2001, n. 6465. Interessante anche App. Milano, 23.06.2004, secondo la quale la mancata contestazione nel termine di cui all'art. 119, comma 3 determina lo spostamento dell'onere della prova in capo al cliente.

Per ulteriori dettagli a questo proposito, cfr. **MIRONE A.**, *La trasparenza bancaria*, cit., in part. 128 s., nt. 12-13.

³⁶⁸ Trib. Milano, 27.09.2001.

³⁶⁹ Legittimati sono il cliente, colui che gli succede a qualunque titolo e colui che subentra nell'amministrazione dei suoi beni.

³⁷⁰ Precisazione che si deve al d.lgs. n. 141/2010.

³⁷¹ Così prevede il provvedimento della Banca d'Italia del 29.07.2009, aggiornato da ultimo il 9.02.2011, sezione IV, par. 4.

single operazioni. L'opinione prevalente in merito pare essere quella negativa³⁷², che comunque non impedisce di ottenere l'integrale comunicazione di tutti gli estratti conto del rapporto, anche da parte di successori del cliente, indipendentemente dal fatto che la banca avesse originariamente adempiuto ai propri obblighi informativi³⁷³. Dunque, ottenuta la comunicazione degli estratti conto, si deve ritenere che la norma consenta di domandare alla banca copia della documentazione inerente anche una pluralità di operazioni.^{374 375}.

IV.F) La trasparenza nei provvedimenti della Banca d'Italia

La Banca d'Italia, come accennato, ha adottato nel luglio 2009 delle disposizioni³⁷⁶ concernenti la norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e la correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti. Tale intervento, a parere di una parte della dottrina, è una manifestazione del rapporto che viene a instaurarsi tra dovere di far conoscere e dovere di far comprendere. Esso, infatti, mira a raggiungere, e tendenzialmente in uguale misura, sia l'obiettivo della piena circolazione delle informazioni sia quello di una maggiore intelligibilità delle stesse. In quest'ultimo senso, peraltro, la predetta Autorità ha manifestato la necessità che i documenti veicolanti le informazioni all'utenza da parte

³⁷² Vedasi Trib. Taranto, 21.05.1997. In dottrina **PORZIO M.**, *op. cit.*, in part. 1004.

³⁷³ Cass., 27.09.2001, n. 12093.

³⁷⁴ **MIRONE A.**, *La trasparenza bancaria*, cit., in part. 130 s.

³⁷⁵ La norma ha sollevato dubbi interpretativi anche in relazione alle garanzie. La giurisprudenza maggioritaria della Cassazione ritiene a riguardo che vi sia un diritto del cliente di conoscere l'esistenza di garanzie fideiussorie prestate da terzi (Vedasi, ad es. Cass., 13.07.2007, n. 15669 e in dottrina, in senso critico, **PORZIO M.**, *op. cit.*, in part. 1006). Peraltro, si ritiene che sussista il diritto del fideiussore a ricevere la documentazione relativa a singole operazioni, allo scopo di verificarne la validità (**MORERA U.**, *Contratti bancari (disciplina generale)*, cit., in part. 380, e in senso critico **PORZIO M.**, *op. cit.*, in part. 1007, nt. 50).

³⁷⁶ Banca d'Italia, *Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*, 2009.

dell'intermediario siano scritti in modo comprensibile; in tal modo, difatti, il cliente è messo in grado di comprendere le caratteristiche ed i costi del servizio, di confrontare i vari prodotti con facilità e, in definitiva, di assumere decisioni economiche consapevoli e ragionate.

Nel medesimo senso vanno lette le disposizioni regolamentari che pongono in capo agli operatori del settore l'obbligo di prestare attenzione ad una serie di elementi: ai criteri di impaginazione dei documenti; alla struttura dei documenti, che deve essere tale da presentare le informazioni secondo un ordine che incontri le esigenze informative del cliente e faciliti la comprensione e il confronto delle caratteristiche dei prodotti; alla semplicità sintattica e alla chiarezza del lessico, tali da esser calibrate sul livello di alfabetizzazione finanziaria dei clienti; alla necessaria coerenza tra il tipo di linguaggio utilizzato ed il canale comunicativo in cui esso è adoperato.

Centrale ed esplicito obiettivo delle Istruzioni, cui fa da argine il rispetto per il principio dell'autonomia negoziale, è rendere noti alla clientela gli elementi essenziali del rapporto contrattuale e le variazioni degli stessi. In tal modo, si cerca, altresì, di favorire la concorrenza nei settori interessati, attenuare rischi legali e di reputazione che potenzialmente potrebbero verificarsi e concorrere ad una sana e prudente gestione del professionista.

Le Istruzioni in oggetto individuano, quali strumenti idonei al perseguimento della trasparenza: le forme di pubblicità su tassi, prezzi, altre condizioni contrattuali praticate, strumenti di tutela a favore della clientela; i requisiti di forma e contenuto minimo dei contratti; le forme di tutela nei casi di variazione delle condizioni contrattuali e le comunicazioni periodiche idonee ad informare il cliente sull'andamento del rapporto contrattuale; le regole specifiche dettate nelle ipotesi di impiego di tecniche di comunicazione a distanza; i requisiti organizzativi, posti a presidio contro i rischi sopra citati (legali e di reputazione).

In linea generale, le informazioni previste debbono essere rese alla clientela in modo corretto, chiaro, esauriente, adeguato alla forma di comunicazione utilizzata e alle caratteristiche dei servizi e della clientela, ed esse sono disciplinate con modalità differenziate in relazione alle esigenze delle differenti fasce di clientela e alle caratteristiche dei servizi, nonché improntate a buona fede e correttezza.

Del resto, i documenti stessi sono redatti e presentati secondo criteri e modalità tali da garantire correttezza, completezza e comprensibilità delle informazioni, rendendo così possibile alla clientela intendere le caratteristiche ed i costi del servizio, confrontare agevolmente i prodotti ed assumere decisioni ponderate e consapevoli.

Specificamente, le Istruzioni raccomandano agli intermediari di prestare attenzione ai criteri di impaginazione e, dunque, alla leggibilità, all'ordine logico delle informazioni, alla semplicità ed alla chiarezza della sintassi e del lessico rispetto alla cultura finanziaria del pubblico ed ai canali comunicativi.

In linea di massima, sulla scorta del provvedimento della Banca d'Italia, gli strumenti di pubblicità delle operazioni e dei servizi offerti e delle condizioni contrattuali relative sono i seguenti.

a) Il documento contenente i principali diritti del cliente. Si tratta di un documento generale denominato “Principali diritti del cliente”, che gli intermediari sono tenuti ad esporre nei locali aperti al pubblico ed a mettere a disposizione³⁷⁷ dei clienti eventualmente avvalendosi a detto scopo di apparecchiature tecnologiche e verificandone la conformità, per ciascuna modalità di commercializzazione impiegata (offerta presso lo sportello, offerta fuori sede, internet), ai modelli riportati in allegato alle disposizioni della Banca d'Italia³⁷⁸.

³⁷⁷ Secondo le disposizioni della Banca d'Italia (sez. II, par. 1), i documenti si intendono “messi a disposizione” del cliente quando questi può portarne gratuitamente con sé una copia dopo averla richiesta o prelevata direttamente.

³⁷⁸ Gli intermediari sono tenuti a mettere a disposizione della clientela anche appositi documenti – denominati “Guide” – concernenti: i contratti di conto corrente offerti ai

b) I fogli informativi, contenenti informazioni sull'intermediario, sulle condizioni e sulle principali caratteristiche dell'operazione o del servizio offerto, datati e tempestivamente aggiornati, messi a disposizione dei clienti nei locali aperti al pubblico ed anche tramite apparecchiature tecnologiche, pienamente coerenti con i contenuti del contratto. Tra le informazioni contenute nei fogli informativi, dei quali l'intermediario conserva copia per cinque anni, anche avvalendosi di tecniche che consentono la riproduzione immutata delle informazioni memorizzate, vi sono: notizie concernenti l'intermediario (denominazione, iscrizione in albi e/o registri, indirizzo della sede legale, numero di telefono degli uffici ai quali il cliente si può rivolgere per ulteriori informazioni e/o per la conclusione del contratto, numero di fax, sito internet e indirizzo di posta elettronica); le caratteristiche ed i rischi tipici dell'operazione o del servizio; un elenco completo delle condizioni economiche offerte (che comprendono ogni onere economico, comunque denominato, a carico del cliente, incluse le spese connesse con le comunicazioni periodiche, di scritturazione contabile, di istruttoria, le penali, l'indicatore sintetico di costo, ecc.); le clausole contrattuali che riguardano il diritto di recesso spettante al cliente e all'intermediario, i tempi massimi per la chiusura del rapporto, i mezzi di tutela stragiudiziale di cui la clientela può avvalersi.

Gli intermediari possono redigere un unico foglio informativo per pubblicizzare, in relazione a un determinato prodotto, le condizioni relative alle diverse linee del servizio offerte (ad esempio, conti correnti aventi diverse caratteristiche). Il foglio informativo include anche le informazioni sui servizi accessori (ad esempio, carta di debito accessoria rispetto a un conto corrente). I tassi di interesse sono riportati su base annuale e almeno

consumatori e i servizi più comunemente associati, quali carte di debito (ad esempio Bancomat, Postamat), assegni, carte di credito, scoperti, ecc.; i mutui ipotecari offerti ai consumatori; l'accesso ai meccanismi di soluzione stragiudiziale delle controversie previsti ai sensi dell'articolo 128-bis TUB (Arbitro Bancario Finanziario).

con riferimento all'anno civile³⁷⁹. Qualora un'operazione comporti più voci di costo a carico del cliente, le condizioni economiche sono presentate in maniera tale che risulti facilmente comprensibile il costo complessivo.

Nel caso di prodotti composti, gli intermediari predispongono un unico foglio informativo, relativo a tutte le componenti del prodotto offerto. Per i prodotti composti che includono componenti non disciplinate dalle disposizioni della Banca d'Italia (ad esempio, perché aventi natura assicurativa), il foglio informativo rinvia agli eventuali strumenti di trasparenza per esse stabiliti dalle normative di settore. In ogni caso, il foglio informativo riporta tutti i costi che il cliente deve sostenere, a qualsiasi titolo, in relazione al prodotto composto.

Se l'intermediario inserisce nelle offerte relative a contratti destinati ai clienti al dettaglio forme complesse di remunerazione degli affidamenti o degli sconfinamenti, quali la commissione di massimo scoperto o altre che prevedono una pluralità di voci di costo, le relative condizioni sono spiegate nel foglio informativo in modo da chiarire al cliente il significato delle varie voci di costo. Per le forme di remunerazione degli affidamenti offerti ai clienti al dettaglio, l'intermediario fornisce nel foglio informativo anche alcuni esempi formulati con riferimento a ipotetici casi di utilizzo del fido.

Inoltre, per i contratti di mutuo garantito da ipoteca per l'acquisto dell'abitazione principale³⁸⁰, oltre ai fogli informativi, gli intermediari mettono a disposizione, mediante

³⁷⁹ Qualora un contratto relativo a un'operazione di raccolta del risparmio o di finanziamento preveda la capitalizzazione infrannuale degli interessi, il valore del tasso, rapportato su base annua, viene indicato tenendo conto degli effetti della capitalizzazione.

³⁸⁰ Tra i mutui della specie si richiamano, in particolare, quelli a tasso variabile indicizzato al tasso sulle operazioni di rifinanziamento principale della Banca centrale europea, che gli intermediari sono tenuti a offrire alla clientela ai sensi del d.l. n. 185/2008, convertito, con modificazioni, con l. n. 2/2009.

copia asportabile, un “foglio comparativo”³⁸¹ contenente informazioni generali sulle diverse tipologie di mutui offerti, il quale elenca tutti i prodotti della specie offerti dall’intermediario rinviando ai fogli informativi per la pubblicizzazione delle rispettive condizioni ed indica in modo chiaro le caratteristiche e i rischi tipici dei mutui, secondo modalità che agevolano alla clientela la comprensione delle principali differenze tra i diversi prodotti offerti. Il documento riporta altresì, per ciascuno dei mutui in questione, almeno il tasso di interesse³⁸², la durata minima e massima del mutuo, le modalità di ammortamento, la periodicità delle rate, il TAEG³⁸³, l’esempio di importo della rata di ciascun mutuo, in conformità di quanto riportato nei relativi fogli informativi.

c) La consegna, prima della conclusione del contratto, al cliente, su sua richiesta ed entro tempi congrui rispetto alla richiesta, di una copia completa del testo contrattuale idonea per la stipula ovvero, a scelta del cliente, del solo documento di sintesi. In caso di modifica delle condizioni contrattuali indicate nella copia consegnata al cliente, l’intermediario, prima della conclusione del contratto, ne informa il cliente stesso e, su richiesta di quest’ultimo, gli consegna una copia completa del nuovo testo contrattuale idonea per la stipula ovvero una nuova copia del documento di sintesi.³⁸⁴

³⁸¹ Se l’intermediario predispose un foglio informativo unico contenente le informazioni relative a tutte le tipologie di mutui offerti, questo documento può essere omesso.

³⁸² In caso di previsione di un tasso variabile, sono indicati lo *spread*, il parametro di riferimento e l’ammontare del tasso al momento della pubblicità. I valori possono essere anche riportati nel loro ammontare massimo.

³⁸³ In caso di tasso variabile, il documento specifica che il tasso di interesse e il TAEG sono riportati in via meramente esemplificativa, assumendo un valore del tasso immutato rispetto a quello iniziale per tutta la durata del contratto.

³⁸⁴ Nei contratti di finanziamento, considerato che la determinazione delle condizioni economiche è preceduta da un’istruttoria, il cliente può scegliere tra la consegna di copia del contratto idonea per la stipula, che può essere subordinata al pagamento di una somma non eccedente le spese di istruttoria (il cui ammontare massimo è pubblicizzato nel foglio informativo) e la consegna gratuita dello schema di contratto privo delle condizioni

d) Il documento di sintesi, che unito ai contratti riporta in maniera personalizzata, secondo quanto previsto dal contratto, le condizioni economiche pubblicizzate nel foglio informativo relativo allo specifico tipo di operazione o servizio, secondo lo stesso ordine seguito nel foglio informativo.

Il documento di sintesi costituisce il frontespizio del contratto³⁸⁵ e ne è parte integrante in presenza di un accordo delle parti in tal senso.

Sia il foglio informativo che il documento di sintesi³⁸⁶ riportano un "Indicatore Sintetico di Costo" (ISC) quando riguardano determinate categorie di operazioni – indicate nell'allegato alla delibera del CICR del 4 marzo 2003 – e segnatamente: conti correnti destinati ai consumatori; mutui; anticipazioni bancarie; altri finanziamenti (ad esempio, i prestiti personali e i prestiti finalizzati); aperture di credito offerte a clienti al dettaglio.³⁸⁷

economiche e di un preventivo contenente le condizioni economiche basate sulle informazioni fornite dal cliente.

Per i contratti di mutuo ipotecario offerti ai clienti al dettaglio, la consegna della copia del contratto idonea per la stipula è gratuita a partire dal momento in cui viene concordata la data per la stipula presso il notaio.

Negli altri casi la consegna è sempre gratuita.

La consegna non impegna le parti alla stipula del contratto.

Il diritto del cliente di ottenere copia del testo contrattuale o del solo documento di sintesi non può essere sottoposto a termini o condizioni.

³⁸⁵ Se il contratto ha la forma dell'atto pubblico, il documento di sintesi può non costituire il frontespizio, purché sia comunque accluso.

³⁸⁶ Resta fermo quanto previsto dal paragrafo 7 della sezione II e dal paragrafo 3.2 della sezione IV delle disposizioni della Banca d'Italia, secondo cui l'ISC nel documento di sintesi relativo ai contratti di conto corrente va riportato soltanto nell'ambito delle comunicazioni periodiche.

³⁸⁷ Per i mutui, le anticipazioni bancarie, i contratti riconducibili alla categoria "altri finanziamenti" e le aperture di credito, l'ISC è denominato "Tasso Annuo Effettivo Globale" (TAEG) ed è calcolato come il TAEG previsto dalla disciplina in materia di credito ai consumatori.

Le disposizioni in parola dettano, altresì, reputando che sia funzionale allo scopo di trasparenza, delle indicazioni sul contenuto dei contratti, che deve essere tale da comprendere il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati (inclusi – per i contratti di credito – gli eventuali oneri di mora), le commissioni spettanti all'intermediario, le voci di spesa a carico del cliente – incluse le spese relative alle comunicazioni alla clientela – e tutte le condizioni applicate, tra cui le condizioni generali di contratto.

Rinviando per la disciplina di dettaglio al testo in parola, preme tuttavia segnalare la previsione della nullità – rilevabile dal solo cliente – delle clausole che rinviino agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione nonché di quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni sfavorevoli per il cliente rispetto a quelli pubblicizzati nei fogli informativi e nei documenti di sintesi. Dette clausole si considerano non apposte.

Altra previsione interessante è la raccomandazione agli intermediari circa la non opportunità dell'utilizzo, nei rapporti con i clienti al dettaglio, di nozioni complesse, come lo è, ad esempio, la commissione di massimo scoperto; si tratta di un evidente punto di emersione della preoccupazione del nostro ordinamento per l'effettiva comprensione da parte dell'utenza.

Altra modalità attuativa della trasparenza consiste nelle comunicazioni che gli intermediari sono tenuti a rivolgere alla clientela durante lo svolgimento del rapporto, anziché nella fase preliminare dello stesso.

Con l'obiettivo di accompagnare i professionisti verso una nuova cultura della trasparenza, vengono, peraltro, tratteggiati minuziosamente i criteri di redazione da seguire nella predisposizione dei documenti informativi, così finendo per selezionare le più rilevanti informazioni che il professionista deve comunicare all'esterno, illustrandone anche un preciso ordine espositivo, il quale dovrebbe essere tale da agevolarne la comprensione da parte del destinatario.

In particolare, appare rilevante, nell'ottica di fornire alla clientela una possibilità effettiva di orientare le proprie scelte verso gli operatori più efficienti, l'obbligo, sancito dalle predette Istruzioni in capo agli intermediari, di pubblicizzare l'Indicatore Sintetico di Costo (ISC); si tratta di uno strumento informativo che esprime il costo potenziale di alcuni servizi – ad esempio, quello di conto corrente – e che, analogamente al TAEG, ha la funzione di dare al cliente, fino dalla fase della pubblicità, una conoscenza non limitata al mero tasso nominale applicato bensì estesa al costo effettivo del finanziamento, comprendendo tutti gli elementi che concorrono a formarlo.

L'ISC, come emerge dalle menzionate Istruzioni del 2009, deve essere riportato nei fogli informativi e nei documenti di sintesi di prodotti quali mutui, anticipazioni bancarie, altri finanziamenti, conti correnti destinati ai consumatori, aperture di credito offerte ai clienti al dettaglio.

Da quanto detto, peraltro, si ricava come la trasparenza sia un principio che nel mercato bancario è inteso a proteggere non solo la figura del consumatore, ma anche la figura, più ampia, del “risparmiatore”, nozione quest'ultima travalicante la persona fisica per ricomprendere anche la categoria dell'impresa cliente dell'intermediario³⁸⁸.

Invero, parte della dottrina³⁸⁹ ha contestato una simile standardizzazione delle informazioni, ricorrendo, in particolare, all'argomento per cui l'eccessiva comparabilità dei prodotti generata dagli interventi della Banca d'Italia potrebbe condurre all'adozione di comportamenti collusivi o comunque anticompetitivi da parte degli operatori del settore.

³⁸⁸ **SPENA A.**, *sub art. 116*, in Porzio M., Belli F. ed altri (a cura di), *Commentario al Testo Unico Bancario*, Milano, 2010, in part. 960. Vedasi anche **BRODI E.**, *op. cit.*, in part. 256, nt. 31.

³⁸⁹ **MIRONE A.**, *Il diritto dei contratti bancari di fronte alla crisi: affinamento della regolamentazione di trasparenza o indebita ingerenza nelle dinamiche di mercato?*, *paper* presentato al Convegno “Orizzonti del Diritto Commerciale”, Roma, 2010.

Qui viene in luce, evidentemente, il rapporto tra trasparenza e concorrenza, e la compatibilità di questi due principi, su cui già in precedenza ci si è soffermati.

Non pare condivisibile, comunque, la riferita argomentazione, principalmente per due ordini di ragioni.

In primo luogo, per ipotizzare che la comparabilità dei prodotti ingeneri l'appiattimento dell'offerta, si deve assumere che, nella fase iniziale, tutte le imprese abbiano conoscenza del prezzo praticato dai propri concorrenti per un determinato bene, proprio in quanto sono agevolate dalla pubblicazione dell'ISC effettuata nei fogli informativi; il rischio temuto è che successivamente detti operatori decidano di allineare le proprie condizioni di offerta e segnatamente il prezzo. In tal caso, tuttavia, uniformare il costo di ciascun prodotto o servizio renderebbe evidente l'esistenza di un coordinamento tale da attirare l'attenzione dell'Autorità preposta alla tutela della concorrenza.

In secondo luogo, ogni timore che, a causa degli attributi di chiarezza e comparabilità delle informazioni, possano risultare avallate delle condotte anticoncorrenziali dovrebbe essere fugato dal fatto che la stessa AGCM ha affermato la necessità di proseguire, per quanto concerne il settore bancario, sulla strada intrapresa, promuovendo una sempre maggiore semplificazione, trasparenza e comparabilità tra le informazioni³⁹⁰.

Esaminando le menzionate disposizioni sulla trasparenza elaborate dalla Banca d'Italia³⁹¹, appare evidente che la tendenza in atto nel nostro ordinamento, in materia di protezione

³⁹⁰ AGCM, Relazione annuale sull'attività svolta, Roma, 2009, in part. 25, peraltro in linea con le proposte in precedenza formulate dalla medesima Autorità al termine di un'indagine conoscitiva sui prezzi dei servizi bancari (AGCM, Prezzi alla clientela dei servizi bancari, Roma, 2007, in part. 72.

³⁹¹ Le previsioni ivi contenute attengono da una parte alla predisposizione di documenti intellegibili, ma dall'altra anche al profilo delle relazioni tra intermediario e cliente non veicolate dal documento. Ciò è reso evidente, in particolare, dalla richiesta acquisizione, da parte del personale impiegato dall'intermediario, degli strumenti necessari ad assistere la clientela agevolandone la comprensione della portata effettiva di previsioni inerenti a forme

del consumatore, si muova verso la previsione di norme più di natura procedimentale che sostanziale, come se ci si fosse concentrati più sull'aspetto rappresentato dalla condotta che sulla tutela sostanziale e dunque sul tema della validità dei rapporti conclusi in assenza di comportamenti trasparenti, implicitamente rimandando all'uopo agli strumenti di tutela apprestati dal diritto comune.

In quest'ottica va letto anche l'ulteriore profilo, presente nelle medesime Istruzioni, relativo ai requisiti organizzativi richiesti agli intermediari (sezione XI) e chiaramente finalizzati a rendere incisiva ed effettiva la disciplina in tema di trasparenza.

L'attenzione all'aspetto procedimentale, infatti, appare evidente, ad esempio, ove si richiede all'intermediario di definire processi organizzativi volti a valutare la comprensibilità da parte della clientela rispetto alla struttura, alle caratteristiche ed ai rischi connessi al prodotto offerto, si impone che la documentazione di trasparenza venga resa accessibile alla clientela o si raccomanda un controllo sulla adeguata ed aggiornata conoscenza della normativa relativa alla trasparenza da parte degli addetti alla distribuzione.

La regolamentazione apprestata dalla Bnaca d'Italia, dunque, in particolare per l'attenzione a funzionalizzare la struttura organizzativa dell'intermediario ad un migliore dialogo con gli utenti, si pone in linea con le istanze di protezione del consumatore già presenti nel nostro ordinamento.

Accanto a queste istanze, invero, emerge anche la necessità, al fine di attuare effettivamente la disciplina sulla trasparenza, di promuovere lo sviluppo di una cultura finanziaria dei risparmiatori. In questo senso possono leggersi tutte quelle iniziative che, valorizzando l'educazione finanziaria del risparmiatore, mirano ad emancipare questa figura dalla posizione di tradizionale debolezza.

complesse di remunerazione di affidamenti e sconfinamenti (**BRODI E.**, *op. cit.*, in part. 257, nt. 35)

Non è opportuno, difatti, tralasciare quanto negli ultimi anni la complessità dei prodotti presenti sul mercato bancario e finanziario sia cresciuta in confronto alle competenze appartenenti all'investitore medio.

A tal riguardo, si può citare il protocollo di intesa sottoscritto il 14 giugno 2010 da alcune autorità di vigilanza – segnatamente AGCM, Banca d'Italia, CONSOB, COVIP, ISVAP – proprio in materia di educazione finanziaria.

Non si dimentichi, inoltre, che la legge comunitaria 2009 – legge 4 giugno 2010, n. 96 – all'art. 13 prevedeva che, in occasione del recepimento della direttiva comunitaria sul credito al consumo, si dovesse prevedere anche un ruolo di rilievo per l'educazione finanziaria vista come strumento a tutela del consumatore e la diffusione della cultura finanziaria al fine di agevolare lo sviluppo di relazioni responsabili e corrette tra intermediari e clienti.

Detta norma tuttavia, pur contenuta nella legge delega, non è stata trasfusa nel d.lgs. n. 141 del 13 agosto 2010.

Del resto, già a norma dell'art. 153, comma 1 Tr. CE la Comunità si è proposta la promozione del diritto dei consumatori, oltre che all'informazione e all'organizzazione, anche all'educazione.

Dunque, da una certa prospettiva, si può notare come attualmente la disciplina dei contratti bancari e finanziari si trovi ad un bivio: da un lato, la tendenza a portare avanti un progetto di tutela del contraente debole; dall'altro lato, lo spostamento dell'attenzione piuttosto sulla tutela del consumatore e del risparmiatore.³⁹²

Il sistema, tra le due tendenze appena accennate, sembra ad oggi orientato principalmente verso la tutela del consumatore, inteso non più come soggetto inevitabilmente ed intrinsecamente debole ma come operatore economico in posizione potenzialmente

³⁹² **ALPA G.**, *La "trasparenza" del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992, 10, 409 ss., in part. 411 ss.

paritaria rispetto all'imprenditore, secondo un'impostazione più oggettiva la quale, rispetto al ripristino postumo dell'equilibrio contrattuale violato, dà prevalenza alla rimozione preventiva di ogni vincolo che, ostacolando la realizzazione di una condizione di parità nella fase anteriore alla stipulazione, impedisca alle parti di giungere ad un equilibrato assetto di interessi. In altri termini, vi è una maggiore attenzione alla consapevolezza ed alla libertà di scelta del contraente, alla sua autoresponsabilità, così potenzialmente assegnando al consumatore un nuovo ruolo all'interno del mercato^{393 394}.

Le disposizioni in parola, peraltro, prevedono una normativa che appare parzialmente differenziata a seconda della tipologia di clientela. Infatti, la clientela – da intendersi come l'insieme delle persone fisiche o giuridiche che abbiano in essere un rapporto contrattuale o che intendano entrare in relazione con l'intermediario – risulta attualmente distinta in tre fasce: a) consumatori, definiti conformemente al codice del consumo; b) clientela al dettaglio, che include, oltre ai consumatori, anche le persone fisiche che svolgono attività professionale o artigianale, gli enti senza fine di lucro, le cd. micro-imprese³⁹⁵; c) altri clienti non rientranti nelle due categorie indicate.³⁹⁶

³⁹³ Sul punto, per quanto concerne il diritto tedesco, si vedano le considerazioni di **MICKLITZ H.W.**, *La nozione di consumatore nel § 13 BGB*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, I, in part. 636.

³⁹⁴ **BRODI E.**, *op. cit.*, in part. 259; **MERCOLINO G.**, *Mercati finanziari, equilibrio contrattuale e concorrenza*, in *Le più rilevanti decisioni civili della Corte di Cassazione (Corte Suprema di Cassazione – Ufficio del Massimario, a cura di)*, Roma, 2009, in part. 68.

³⁹⁵ La definizione di micro-impresa viene ricavata dai requisiti previsti dalla Raccomandazione n. 2003/361/CE del 6 maggio 2003 della Commissione europea, del 6 maggio 2003, ovvero dai requisiti individuati tramite decreto del ministro dell'economia e delle finanze attuativo delle misure adottate dalla Commissione ex art. 84, lett. b) della direttiva n. 2007/64/CE.

³⁹⁶ In particolare, la disciplina si differenzia soprattutto in relazione all'uso degli Indicatori Sintetici di Costo, sia nella fase precontrattuale sia nella fase esecutiva del rapporto. Segnatamente, dai fogli informativi dei conti correnti viene escluso l'ISC per i clienti diversi

Evidentemente, se la trasparenza è sinonimo di informazione chiara e esauriente e se gli obblighi informativi si diversificano anche in ragione dello status soggettivo del cliente, il panorama della trasparenza bancaria si arricchisce di un variegato prisma di standards.

Ovviamente, l'intera disciplina in tema di trasparenza bancaria costituisce soltanto uno dei possibili paradigmi della trasparenza, la quale va ad affiancarsi ed anche a concorrere con normative attinenti quali le norme concernenti la distribuzione di prodotti di settori quali quello mobiliare o assicurativo, le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, la pubblicità ingannevole e le pratiche commerciali scorrette nonché la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, il commercio elettronico, il recesso dai rapporti di durata, l'estinzione anticipata dei mutui immobiliari e la portabilità dei finanziamenti.³⁹⁷

dai consumatori, ed inoltre si limitano alle ipotesi di clienti al dettaglio l'obbligo di indicare l'ISC nei fogli informativi e nei documenti sintetici per le aperture di credito e l'obbligo di indicare nell'estratto conto di fine anno il riepilogo delle spese globali per i conti correnti. Per ulteriori dettagli vedasi **MIRONE A.**, *La trasparenza bancaria*, cit., in part. 28 s., nt. 20.

³⁹⁷ Per avere un quadro della trasparenza bancaria e finanziaria si deve far riferimento ad un complesso sistema di fonti che comprende, *inter alios*, oltre al TUB: le disposizioni emanate dalla Banca d'Italia, le deliberazioni del CICR, decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 3 febbraio 2011, recante "Determinazioni in materia di credito ai consumatori; art. 16 della legge 7 marzo 1996, n. 108, in materia di attività di mediazione o di consulenza nella concessione di finanziamenti da parte di banche o di intermediari finanziari; TUF; d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, in materia di commercio elettronico; d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, Codice del Consumo; art. 10 del d.lgs. 4 luglio 2006, n. 223 (convertito, con modificazioni, nella l. 4 agosto 2006, n. 248); d.l. 31 gennaio 2007, n. 7 (convertito, con modificazioni, nella l. 2 aprile 2007, n. 40); art. 62 del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231; d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, recante "Attuazione della direttiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE, e abrogazione della direttiva 97/5/CE"; d.lgs. 16 aprile 2012, n. 45, recante "Attuazione della direttiva 2009/110/CE, concernente l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica, che modifica le direttive 2005/60/CE e 2006/48/CE e che abroga la direttiva 2000/46/CE"; d.l. 29 novembre

Il provvedimento 29 luglio 2009 in materia di “Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”, è stato in seguito integrato al fine di dare attuazione alle disposizioni del titolo VI del Testo unico bancario (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385) introdotte dal d.lgs. 16 aprile 2012, n. 45, il quale dà attuazione alla direttiva 2009/110/CE in materia di istituti di moneta elettronica.

Il provvedimento del 29 luglio 2009, già sostituito in occasione del recepimento della direttiva sui servizi di pagamento (febbraio 2010) e di quella sul credito ai consumatori (febbraio 2011), è stato dunque complessivamente ripubblicato e quindi integralmente sostituito con il provvedimento del 20.06.2012.

2008, n. 185 (convertito, con modificazioni, nella l. 28 gennaio 2009, n. 2); d.l. 1 luglio 2009, n. 78; d.p.r. 14 marzo 2001, n. 144; deliberazione del CICR del 29 luglio 2008, n. 275, recante “Disciplina dei sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie con la clientela ai sensi dell’articolo 128-*bis* del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni”; decreto del Ministro dell’economia e delle finanze 12 febbraio 2004, recante "Aggiornamento delle norme per la trasparenza nelle operazioni di collocamento dei titoli di Stato"; provvedimento della Banca d’Italia del 3 settembre 2003; provvedimento della Banca d’Italia del 27 aprile 2006; provvedimento della Banca d’Italia del 21 dicembre 2007; provvedimento della Banca d’Italia del 18 giugno 2009.

IV.G)Una peculiare declinazione del principio di trasparenza in ambito bancario e finanziario: la nuova direttiva sui contratti di credito relativi a immobili residenziali

IV.G).1 Cenni generali sulla nuova direttiva, sotto la lente della trasparenza

Una peculiare declinazione della nozione di trasparenza la si può osservare nella nuova direttiva 2014/17/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 febbraio 2014 in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali e recante modifica delle direttive 2008/48/CE e 2013/36/UE e del regolamento (UE) n. 1093/2010. Lo strumento normativo in parola mira sostanzialmente a definire un quadro comune per quel che concerne taluni aspetti dei contratti di credito ai consumatori garantiti da ipoteca o altrimenti garantiti e relativi a beni immobili residenziali.

La pubblicazione del predetto testo fornisce la misura della preoccupazione, evidente a livello comunitario, rivolta verso questo ambito, visto come un campo potenzialmente ad alto rischio per la protezione del consumatore, nonché peculiare e delicato in ragione delle forti interferenze con il piano degli scambi di mercato e dell'efficienza gestionale.

Difatti, gli Stati membri sono lasciati comunque liberi di introdurre o mantenere disposizioni che siano maggiormente protettive per i consumatori, ma viene espressamente fatto loro divieto di introdurre o mantenere disposizioni divergenti rispetto a quelle contenute in alcuni articoli della nuova direttiva, ed in particolare: art. 14, comma 2 e allegato II, parte A, con riguardo alle informazioni precontrattuali standard tramite un prospetto informativo europeo standardizzato (PIES); art. 17, commi 1-5,7,8 e allegato I, con riferimento a uno standard dell'Unione comune e coerente per il calcolo del tasso annuo effettivo globale (TAEG).³⁹⁸

Per i settori che non sono compresi nella direttiva in oggetto, gli Stati membri sono liberi di mantenere o introdurre norme nazionali, ed in particolare per quanto riguarda la validità dei contratti di credito, la registrazione fondiaria, l'informativa contrattuale e le questioni post-contrattuali non disciplinate dalla direttiva in parola.

Gli Stati membri sono chiamati, evidentemente, ad assicurare, da una parte, che i consumatori non possano rinunciare ai diritti loro conferiti dalla normativa nazionale di recepimento e, dall'altra, che le disposizioni adottate per il recepimento della direttiva non possano essere eluse attraverso modalità tali da determinare la perdita della protezione concessa ai consumatori dallo strumento comunitario stesso, e segnatamente per il tramite di formulazioni particolari dei contratti o mediante l'inclusione di contratti di credito che rientrano nell'ambito di applicazione della direttiva in contratti di credito la cui natura o finalità consente invece di evitare l'applicazione di tali disposizioni.

Concretamente, la nuova direttiva persegue l'obiettivo di una maggiore tutela del consumatore, chiaro soggetto debole del rapporto bancario, per il tramite della trasparenza. A sua volta, la trasparenza viene declinata secondo un doppio binario.

In altri termini, la protezione del consumatore, come emergente dalla direttiva, passa attraverso il perseguimento della trasparenza sotto due diverse accezioni.

Anzitutto, viene in evidenza la trasparenza informativa.

Detta finalità è assicurata dalle norme che nella direttiva pongono peculiari obblighi in capo al professionista circa le informazioni da fornire al cliente.

A ben vedere, però, si tratta di un obbligo di trasparenza particolarmente "carico", di un obbligo di trasparenza che dal campo informativo sembra in alcune occasioni deviare verso una sorta di obbligo più pregnante di vera e propria assistenza al consumatore, per quanto mitigato dal desiderio, implicito nella direttiva, di promuovere parallelamente un'educazione specifica del soggetto debole, con l'evidente scopo di ridurre il divario tra i contraenti.

In secondo luogo, la direttiva affronta anche l'obiettivo della trasparenza, potremmo così definirla, gestionale, la quale, tramite le garanzie di competenza e correttezza degli operatori nonché di efficienza dell'attività di questi, dovrebbe contribuire, oltre che al migliore funzionamento del settore, anche alla protezione del soggetto debole.

IV.G).2 Campo di applicazione

Per circoscrivere il campo di applicazione della direttiva, essa fa riferimento a quei contratti di credito garantiti da un'ipoteca o da un'altra garanzia analoga comunemente utilizzata in uno Stato membro sui beni immobili residenziali oppure da un diritto connesso ai beni immobili residenziali, nonché i contratti di credito finalizzati all'acquisto o alla conservazione di diritti di proprietà su un terreno o su una costruzione edificata o progettata³⁹⁹.

Dalle indicazioni ricavabili dal considerando della direttiva in parola a proposito del campo applicativo della medesima, discende che essa dovrebbe applicarsi a prescindere dal fatto che il creditore o l'intermediario del credito siano una persona giuridica o una persona fisica, non potendosi tuttavia escludere che gli Stati preferiscano limitare detti ruoli alle sole persone giuridiche o a talune tipologie di persone giuridiche⁴⁰⁰.

Lo strumento, inoltre, circoscrive l'obbligo di recepimento da parte delle legislazioni nazionali ai contratti di credito conclusi con i consumatori, ossia con le persone fisiche che, in dette operazioni, agiscono al di fuori della loro attività commerciale o professionale.

L'applicazione della direttiva in esame si presenta, poi, indipendente dalle finalità del credito.

399

Sebbene disciplini i contratti di credito che si riferiscono unicamente o principalmente a beni immobili residenziali, la direttiva non osta a che gli Stati membri estendano le misure adottate in conformità della stessa per proteggere i consumatori con riguardo a contratti di credito relativi ad altre forme di beni immobili, o disciplinino altrimenti tali contratti di credito.

⁴⁰⁰ Così nel considerando n. 10.

Se è vero che l'obbligo degli Stati membri di recepire la direttiva è limitato all'ambito d'applicazione circoscritto dalle definizioni in essa contenute, rimane salva la facoltà di applicare la direttiva a settori che esulano dall'ambito di applicazione proprio della stessa.

Inoltre, le definizioni stabilite nella direttiva non dovrebbero pregiudicare agli Stati membri la possibilità di adottare sottodefinitzioni ai sensi della legislazione nazionale e a fini specifici, purché compatibili con le definizioni stabilite nella direttiva.

Ad esempio, gli Stati membri potrebbero ben stabilire sottocategorie di intermediari del credito, non precisamente identificati nella direttiva, laddove si vogliano diversificare su detta base i richiesti requisiti, in termini di conoscenze e di competenze.

Il punto fermo, tuttavia, pur facendo salva la libertà dei singoli Paesi nei termini adesso accennati ed esposti nei considerando, rimane la salvaguardia dell'obiettivo della direttiva, il quale consiste principalmente nel garantire un elevato livello di protezione dei consumatori che sottoscrivono contratti di credito relativi a beni immobili.^{401 402}

⁴⁰¹ La direttiva, invece, non si applica a quei contratti di credito in cui il creditore versa *una tantum* o periodicamente una somma di denaro o effettua altre forme di erogazione creditizia in cambio di una somma derivante dalla futura vendita di un immobile residenziale o di un diritto relativo a un immobile residenziale e non chiede il rimborso del credito fino al verificarsi di uno o più eventi specifici della vita del consumatore (contratti di credito cd. *equity release*).

E' esclusa l'applicazione della medesima direttiva anche ad altri tipi di contratti, tra cui i contratti in cui il credito sia concesso da un datore di lavoro ai suoi dipendenti senza interessi o ad un TAEG inferiore a quello prevalente sul mercato o i contratti di credito risultanti da un accordo raggiunto dinanzi a un giudice o a un'altra autorità prevista dalla legge (cfr. art. 3, comma 2).

Difatti, taluni contratti di credito hanno caratteristiche specifiche che esulano dall'ambito di applicazione della direttiva, ovvero si presentano differenti per natura e per rischi dai crediti ipotecari *standard*, richiedendo pertanto un approccio *ad hoc* (v. considerando nn. 16-17).

Altri contratti di credito possono comunque essere esclusi dagli Stati membri ricorrendo determinate condizioni, ad esempio quelli concessi a un pubblico ristretto, in base a

IV.G).3 Il contesto in cui la recente direttiva si inserisce

Il clima idoneo alla predisposizione della direttiva in parola si stava preparando da tempo a livello europeo.

Già nel marzo 2003, per esempio, la Commissione aveva avviato un processo inteso a stabilire e a valutare l'impatto delle barriere che ostacolano la realizzazione del mercato interno dei contratti di credito relativi a beni immobili residenziali, ed il 18 dicembre 2007 aveva adottato il Libro bianco sull'integrazione dei mercati UE del credito ipotecario, nel quale veniva annunciato l'intento di valutare l'impatto, tra l'altro, delle opzioni politiche relative all'informativa precontrattuale, alle banche dati concernenti i crediti, al merito di

disposizioni di legge con finalità di interesse generale, concessi senza interessi o a tassi debitori inferiori a quelli prevalenti sul mercato o comunque ad altre condizioni più favorevoli per il consumatore rispetto a quelle prevalenti sul mercato (cfr. art. 3, comma 3).

I considerando nn. 19-22 avvertono che, onde perseguire la certezza del diritto, il quadro giuridico dell'Unione in materia di contratti di credito relativi a beni immobili residenziali dovrebbe essere coerente e complementare rispetto agli altri atti dell'Unione, in particolare nei settori della protezione dei consumatori e della vigilanza prudenziale. Ad esempio, andrebbero allineate da parte delle legislazioni di recepimento le definizioni essenziali, quali «consumatore», e «*supporto durevole*», nonché concetti chiave usati nelle informazioni di base per designare le caratteristiche finanziarie dei crediti come il tasso debitore, a quelli stabiliti nella direttiva 2008/48/CE, in modo che la medesima terminologia si riferisca alle stesse situazioni di fatto, a prescindere che si tratti di un credito al consumo o di un credito relativo a beni immobili residenziali, garantendone così una coerente applicazione ed interpretazione.

La recente direttiva, inoltre, dovrebbe integrare la direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori, che non sarebbe però adeguata per i contratti di credito relativi a beni immobili residenziali, data la rilevanza dell'impegno finanziario per il consumatore, quanto alla possibilità prevista per il prestatore di comunicare le informazioni precontrattuali dopo la conclusione del contratto.

⁴⁰² Considerando nn. 14-15.

credito, al tasso annuo effettivo globale (TAEG) ed alla consulenza sui contratti di credito, tutti elementi potenzialmente in grado di influenzare il buon funzionamento del mercato unico e di impedire o di rendere più oneroso l'esercizio dell'attività di credito in un altro Paese, con conseguenze negative per il consumatore, ed in particolare con un susseguente calo di fiducia, un incremento dei costi ed una riduzione della mobilità dei clienti sia a livello interno che transfrontaliero.

Preso atto dei problemi portati alla luce dalla crisi finanziaria e nel quadro degli sforzi intesi a garantire un mercato unico efficiente e competitivo, la Commissione si è, dunque, impegnata a perseguire un duplice obiettivo: da una parte, la creazione di un mercato unico efficiente e competitivo in cui consumatori, creditori e intermediari del credito possano beneficiare di un livello elevato di tutela ed in cui possa esser stimolata la fiducia da parte dei consumatori e l'assunzione di responsabilità da parte degli operatori, così da favorire la stabilità finanziaria; dall'altra parte, e al contempo, il rispetto dei diritti fondamentali sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, con peculiare attenzione al diritto alla protezione dei dati personali.

La Commissione ha costituito, inoltre, un gruppo di esperti sulle informazioni storiche sui crediti (Expert Group on Credit Histories), incaricato di assisterla nell'elaborazione di misure intese a migliorare l'accessibilità, la comparabilità e la completezza dei dati sui crediti.

Sono stati, altresì, avviati studi sul ruolo e sull'attività degli intermediari del credito e degli enti non creditizi eroganti contratti di credito relativi a beni immobili residenziali.⁴⁰³

⁴⁰³ In questo contesto e in seguito alla crisi finanziaria, la Commissione ha lanciato una consultazione pubblica, che ha consentito di individuare alcuni aspetti per i quali l'azione a livello UE ha trovato maggiore consenso presso i diversi interessati: l'obbligo di realizzare una valutazione del merito creditizio; la necessità di informazioni precontrattuali chiare, comprensibili e raffrontabili; la necessità di garantire che tutti coloro che intervengono nel mercato del credito siano soggetti a regolamentazione e vigilanza adeguate.

Poi, la Commissione ha proposto – nella comunicazione del 4 marzo 2009 dal titolo «*Guidare la ripresa in Europa*» – misure in merito ai contratti di credito relativi ai beni immobili residenziali, compreso un quadro di riferimento affidabile sull'intermediazione creditizia, nell'ottica della creazione di mercati responsabili e affidabili per il futuro e del ripristino della fiducia dei consumatori; l'impegno a favore di un miglioramento in termini di efficienza e competitività del mercato interno è stato ribadito nella comunicazione del 13 aprile 2011 dal titolo «*L'Atto per il mercato unico - Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia*».^{404 405}

La direttiva deve essere letta, dunque, in detto contesto preparatorio ed alla luce degli sforzi intesi a creare un mercato interno del credito ipotecario, seppur nel quadro della crisi finanziaria.

Quanto alla crisi finanziaria, benché uno dei fattori che più di altri hanno contribuito a determinarla sia stata la crescita della cartolarizzazione – che ha consentito ai creditori di trasferire il rischio dei propri portafogli di prestiti agli investitori – a subirne direttamente le conseguenze sono stati i consumatori, trovatisi in sempre maggiori difficoltà nel far fronte ai propri prestiti e quindi incorsi in inadempimenti ed in procedure esecutive.

Pertanto, si presentava già da qualche tempo come indifferibile un intervento sull'ampiamente riscontrato problema della concessione ed accensione irresponsabile dei

⁴⁰⁴ La Commissione si è anche basata su una serie di studi e di relazioni su questioni relative alla concessione e accensione responsabile di mutui, tra cui lo studio del dicembre 2008 della *London Economics* sul ruolo e la regolamentazione degli erogatori diversi dagli enti creditizi nei mercati ipotecari della UE, lo studio del gennaio 2009 della *Europe Economics* sugli intermediari del credito nel mercato interno, la relazione dell'OPTEM dell'ottobre 2009 sui *tests* compiuti presso i consumatori circa un possibile nuovo formato e contenuto del prospetto informativo europeo standardizzato sui mutui per la casa e lo studio della *London Economics* del marzo 2011 sui costi e benefici delle varie opzioni strategiche per il credito ipotecario.

⁴⁰⁵ Cfr. considerando nn. 1 e 3 alla direttiva in oggetto.

mutui, non fosse altro per il fatto che attualmente milioni di cittadini europei stanno rimborsando un credito ipotecario.

L'accensione di un credito ipotecario è innegabilmente una delle decisioni finanziarie più importanti nella vita, dato che essa comporta un impegno finanziario che potrebbe durare decenni.

Il fatto che in tutta l'Europa sia cresciuto l'indebitamento delle famiglie non è di per sé sintomo evidente di una carenza di responsabilità nella concessione ed accensione dei mutui, potendo dipendere anche da elementi diversi, ad esempio dalla recessione economica generale.

Sarebbe limitativo, tuttavia, ritenere che si tratti soltanto di un problema ciclico o circoscritto a pochi Stati membri, dal momento che colpisce invece tutta l'Unione con pesantissimi effetti.

Se da una parte è certamente vero che fattori quali la situazione economica, le asimmetrie informative, i conflitti di interessi, le lacune e le incoerenze normative, la cultura finanziaria del mutuatario e le strutture di finanziamento del credito ipotecario certamente hanno contribuito all'attuale situazione del mercato, dall'altra resta il fatto che il comportamento irresponsabile di alcuni operatori professionali ha avuto un ruolo determinante rispetto alla crisi finanziaria.

E' comprensibile, pertanto, come fosse considerato già da tempo un ineludibile obiettivo a livello comunitario lo sviluppo di un mercato interno dei contratti di credito relativi a beni immobili residenziali più trasparente, efficiente e competitivo, promuovendo la sostenibilità dell'erogazione e dell'assunzione dei prestiti e l'inclusione finanziaria e garantendo, dunque, ai consumatori un elevato livello di protezione.⁴⁰⁶

⁴⁰⁶ Tra i punti rilevanti della direttiva vi è anche la predisposizione, a livello statale, di misure volte ad incoraggiare i creditori ad avere un ragionevole grado di tolleranza prima di dare avvio a procedure di escussione della garanzia, nonché limitazioni agli oneri che il creditore potrebbe imporre al consumatore inadempiente.

Il quadro all'interno dell'Unione è comunque inevitabilmente complicato dalle differenze sostanziali che esistono tra le legislazioni dei vari Stati membri a questo proposito.⁴⁰⁷

⁴⁰⁷ La direttiva in esame mostra coerenza e complementarità con altre normative e politiche UE, soprattutto nei settori della protezione dei consumatori e della vigilanza prudenziale, andando ad integrare in particolare la direttiva sul credito al consumo, ma, laddove opportuno, ha tenuto debitamente conto delle caratteristiche specifiche del credito ipotecario, ad esempio introducendo avvertenze sui rischi nelle disposizioni sull'informativa precontrattuale e rafforzando le disposizioni in materia di valutazione del merito creditizio.

Quanto al preesistente quadro normativo europeo, la pubblicità ingannevole è disciplinata dalla direttiva 2006/114/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, concernente la pubblicità ingannevole e comparativa, che si applica alle relazioni tra i professionisti, e dalla direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno. Queste regole, tuttavia, non tengono conto delle specificità del credito ipotecario né affrontano la necessità per i consumatori di raffrontare i messaggi pubblicitari.

In modo analogo, le clausole abusive nei contratti con i consumatori sono disciplinate dalla direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti tra consumatori da una parte e venditori di beni e prestatori di servizi dall'altra. Neppure dette regole, tuttavia, considerano le specificità del credito ipotecario.

L'informativa precontrattuale per i mutui ipotecari formava oggetto di un codice di condotta volontario europeo, il *Voluntary Code of Conduct on Pre-contractual Information for Home Loans*, del marzo 2001, che era stato avallato dalla Commissione nella raccomandazione 2001/193/CE, del 1 marzo 2001, sull'informativa precontrattuale fornita ai consumatori dagli istituti di credito che offrono mutui per la casa d'abitazione. L'obiettivo del codice era quello di definire le informazioni generali da rendere disponibili al consumatore e di concordare un prospetto informativo europeo standardizzato, grazie al quale consentire ai consumatori di raffrontare i mutui relativi ad immobili residenziali sul piano sia interno che transfrontaliero.

L'applicazione del codice, tuttavia, appariva incoerente ed insufficiente.

Diversi Stati membri, prima dell'entrata in vigore della direttiva in esame, applicavano ai crediti ipotecari alcune disposizioni della direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori, dalla quale esulano, tuttavia, i crediti superiori ad € 75.000,00.

In particolare, significative divergenze si registrano circa le norme di comportamento nell'attività di erogazione di crediti per beni immobili residenziali e tra i sistemi di regolamentazione e vigilanza degli intermediari del credito e degli enti non creditizi che offrono contratti di credito relativi a beni immobili residenziali, le quali possono ostacolare o limitare il livello dell'attività transfrontaliera, riducendo così la concorrenza e le possibilità di scelta sul mercato, provocando l'aumento del costo dell'erogazione di crediti a carico dei prestatori e addirittura impedendo loro di esercitare tale attività.

Tra i diversi problemi del mercato del credito ipotecario all'interno dell'Unione legati al comportamento irresponsabile nella concessione e accensione dei mutui, alcuni riguardano in particolare i crediti denominati in una valuta estera e contratti dai consumatori in tale valuta al fine di beneficiare del tasso debitore offerto, ma spesso senza un'adeguata informazione o comprensione in ordine al rischio di cambio connesso, mentre altri problemi riguardano regimi inefficaci, incoerenti o inesistenti per gli intermediari del credito e gli enti non creditizi che erogano crediti per beni immobili residenziali⁴⁰⁸.

Per quanto segnatamente attiene alla fase precontrattuale, sono stati individuati quali punti problematici: materiali pubblicitari inadeguati a consentire raffronti, scarsamente oggettivi, incompleti e non chiari; informazioni precontrattuali insufficienti, non tempestive, complesse, non raffrontabili e non chiare; consulenze inadeguate; valutazioni non corrette dell'idoneità e del merito creditizio.

Gli enti creditizi, del resto, erano disciplinati dalla direttiva 2006/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2006, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi e al suo esercizio, che stabilisce requisiti in materia di autorizzazione, registrazione e vigilanza. Nessuno di tali requisiti esisteva, tuttavia, a livello europeo per gli enti non creditizi eroganti crediti ipotecari né per gli intermediari del credito (cfr. la proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio in merito ai contratti di credito relativi ad immobili residenziali del 31.03.2011, motivazione e obiettivi della proposta).

⁴⁰⁸ Cfr. considerando n. 4 alla direttiva in oggetto.

Tutti questi problemi sono tali da produrre rilevanti conseguenze sul piano macroeconomico, danneggiare i consumatori, fungere da barriera economica o giuridica alle attività transfrontaliere e creare condizioni diseguali per gli operatori del mercato.

Si è avvertita, dunque, la necessità di costruire un quadro giuridico capace di dare ai consumatori fiducia nel fatto che i creditori, gli intermediari del credito e i rappresentanti designati pongano al primo posto gli interessi del contraente debole, sulla base delle informazioni aggiornate a disposizione del professionista e di ipotesi ragionevoli circa i rischi a cui è esposta la situazione del medesimo per tutta la durata del contratto proposto.

Ne potrebbe discendere, ad esempio, che i creditori non dovrebbero commercializzare crediti in modo tale da limitare considerevolmente la capacità del consumatore di considerare con attenzione un credito, ovvero che i creditori non dovrebbero utilizzare la concessione di crediti come principale metodo di commercializzazione allorché commercializzano, presso i consumatori, beni o servizi.

Per assicurarsi la fiducia dei consumatori appare d'altra parte essenziale garantire un elevato livello di equità, onestà e professionalità del settore e un'appropriata gestione dei conflitti d'interesse, compresi quelli legati alla remunerazione, e prevedere che la consulenza sia fornita nel migliore interesse del consumatore⁴⁰⁹ ⁴¹⁰.

IV.G).4 I principi cardine della direttiva: l'educazione finanziaria del consumatore

Uno dei principi cardine che informano detta direttiva è rappresentato senza dubbio dalla volontà di favorire, con apposite sebbene non espresse misure, lo sviluppo di un'educazione finanziaria dei consumatori in merito a un'assunzione di prestiti e ad una gestione del debito responsabili, in particolare per quanto concerne i contratti di credito ipotecario.

⁴⁰⁹ Cfr. considerando n. 31.

⁴¹⁰ Vedasi art. 6.

Tale obiettivo, complesso senza dubbio, appare una sorta di controbilanciamento rispetto alla finalità, parimenti emergente dalla direttiva, di fornire al consumatore una tutela rafforzata, o forse addirittura una sorta di assistenza travalicante la mera informazione.

Si può supporre, difatti, che ove non si riuscisse a favorire effettivamente lo sviluppo di una cultura finanziaria della direttiva resterebbe solo un quadro di tutela spiccatamente paternalistica nei confronti del contraente debole, visto come una sorta di contraente “debolissimo”, totalmente incapace di provvedere ai propri interessi finanziari.

Emerge, in ogni caso, segnatamente in relazione ai contratti di credito ipotecario, una particolare esigenza di responsabilizzare il consumatore, sia nel momento in cui esso stipula un contratto di detto tipo, sia durante lo svolgimento del rapporto stesso.

La responsabilizzazione dei consumatori – e specialmente di coloro che si avvicinano per la prima volta ad un credito ipotecario – passa anzitutto attraverso informazioni chiare e generali sulla procedura che viene seguita per la concessione del credito ed informazioni sull’orientamento che al consumatore può essere fornito dalle organizzazioni di consumatori e dalle autorità nazionali.

Non vengono delineati con precisione dalla direttiva, tuttavia, gli strumenti da adoperare onde pervenire all’auspicabile educazione del consumatore, che sono dunque lasciati all’individuazione dei singoli Paesi, purchè essi tengano in prioritaria considerazione lo scopo di aumentare la consapevolezza dei consumatori in materia finanziaria e segnatamente di accrescerne la capacità di prendere autonomamente decisioni informate e responsabili nella complessa materia della accensione di prestiti e della gestione del debito⁴¹¹.

IV.G).5 I principi cardine della direttiva: gli obblighi informativi

⁴¹¹ Come auspica il considerando n. 29, a tale riguardo la Commissione dovrebbe individuare esempi di migliori pratiche per agevolare l’ulteriore sviluppo di misure tese a potenziare la consapevolezza dei consumatori in materia finanziaria.

Invero, pare che più che altro la direttiva vada a rafforzare la tutela del consumatore mediante l'imposizione di precisi obblighi informativi in capo al professionista, tendenti, come anticipato, verso obblighi più propriamente di cura, consulenza ed assistenza.

Pertanto, gli operatori sono tenuti ad agire in modo onesto, equo, trasparente e professionale, tenendo conto dei diritti e degli interessi dei consumatori, nonché ponendo un'attenzione particolare a tutte quelle informazioni riguardanti la situazione specifica del consumatore, sue peculiari eventuali richieste ed ipotesi ragionevoli circa i rischi cui è esposta la situazione del consumatore stesso per tutta la durata del contratto di credito.

In caso di servizi di consulenza relativi ai prestiti, poi, vanno considerate anche le informazioni sulla situazione personale e finanziaria del consumatore, sulle sue preferenze e sui suoi obiettivi; si tratta di informazioni utili allo scopo di raccomandare contratti di credito adeguati, formulando ipotesi ragionevoli circa i rischi per la situazione del consumatore per tutta la durata del contratto di credito proposto.

Le informazioni imposte dalla direttiva debbono essere fornite gratuitamente ai consumatori.

Per quanto riguarda le informazioni preliminari alla conclusione del contratto di credito⁴¹², rese note attraverso comunicazioni di pubblicità e marketing, queste debbono essere – fatta salva la direttiva 2005/29/CE – corrette, chiare, non ingannevoli, e tali da non indurre nel consumatore false aspettative sulla disponibilità di un credito o sul costo dello stesso.

Le menzionate informazioni, ovviamente, debbono essere facilmente leggibili o chiaramente udibili, a seconda del mezzo che viene utilizzato per la pubblicità.

Poiché, infatti, i creditori e gli intermediari del credito fanno spesso ricorso ad annunci pubblicitari, proponendo frequentemente condizioni speciali, per attirare i consumatori verso un particolare prodotto, è necessario proteggere il pubblico contro pratiche

⁴¹² Vedasi artt. 10-16.

pubblicitarie scorrette o fuorvianti, e dare al medesimo un'effettiva possibilità di confrontare le varie offerte.

Per consentire ai consumatori di confrontare offerte diverse, invero, è necessario prevedere disposizioni specifiche a livello nazionale circa requisiti relativi agli annunci pubblicitari, in particolare quando si tratti di contratti di credito relativi ai beni immobili residenziali⁴¹³.

In qualsiasi pubblicità relativa ai contratti di credito che indichi un tasso di interesse, o altro dato numerico riguardante il costo del credito per il consumatore, devono essere contenute alcune informazioni definite “informazioni di base” dall’art. 11 della direttiva in esame, salvo che gli Stati ritengano sufficiente l’indicazione del TAEG nei casi, stabiliti dal diritto nazionale, in cui questa è richiesta nella pubblicità relativa ai contratti di credito che non indichi un tasso di interesse o qualunque altro dato numerico relativo al costo del credito per il consumatore.

Le informazioni di base sono caratterizzate da chiarezza, concisione ed evidenza grafica e precisano alcuni elementi in particolare, enumerati dalla direttiva e per la maggior parte accompagnati da un esempio rappresentativo che li illustri: l’identità del creditore, dell’intermediario del credito o del rappresentante designato; se del caso, il fatto che il contratto di credito sarà garantito da ipoteca o da altra garanzia analoga e usata comunemente nello Stato sui beni immobili residenziali oppure da un diritto connesso ai beni immobili residenziali; il tasso debitore, precisando se esso sia fisso o variabile o una combinazione dei due tipi, con informazioni dettagliate relative alle spese comprese nel costo totale del credito per il consumatore; l’importo totale del credito; il TAEG, che deve essere fatto rilevare graficamente all’interno dell’annuncio, in modo almeno equivalente a ogni tasso di interesse; se del caso, la durata del contratto di credito; se del caso, l’importo delle rate ed il numero di esse; se del caso, l’importo totale che il consumatore è tenuto a pagare; se del caso, l’avvertenza che eventuali fluttuazioni del tasso di cambio potrebbero

⁴¹³ Cfr. considerando 37.

incidere sull'importo che il consumatore è tenuto a pagare; se la conclusione di un contratto riguardante un servizio accessorio, ad esempio un'assicurazione, è posta come obbligatoria al fine di ottenere il credito oppure di ottenerlo alle condizioni contrattuali previste e se il costo di detto servizio non può essere determinato in anticipo, anche l'obbligo di ricorrere a detto contratto va indicato in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata, assieme al TAEG⁴¹⁴.

Altro importante obbligo informativo trattato dalla direttiva è quello concernente le informazioni generali relative ai contratti di credito⁴¹⁵, le quali debbono essere rese disponibili dal professionista (creditore, intermediario con vincolo di mandato o rappresentante designato) in qualsiasi momento, in maniera chiara e comprensibile, su supporto cartaceo o su altro supporto durevole o sotto forma elettronica.

⁴¹⁴ Il creditore deve informare il consumatore circa eventuali modifiche del tasso debitore, dandone comunicazione su supporto cartaceo o altro supporto durevole prima che decorrano gli effetti della modifica. L'informazione comprende almeno l'importo dei pagamenti da effettuare dopo che il nuovo tasso debitore sia divenuto applicabile e, se il numero o la frequenza dei pagamenti sono modificati, i relativi dettagli.

Gli Stati membri possono tuttavia consentire alle parti di convenire nel contratto di credito che detta informazione sia fornita al consumatore periodicamente nel caso in cui la modifica del tasso debitore sia correlata a una modifica di un tasso di riferimento, a determinate condizioni.

Qualora le variazioni del tasso debitore siano determinate tramite asta sui mercati dei capitali e, di conseguenza, il creditore non sia in grado di comunicare la variazione al consumatore prima che essa divenga applicabile, il creditore provvede, in tempo utile prima dell'asta, a informare il consumatore su carta o mediante un altro supporto durevole dell'imminente procedura e a fornire un'indicazione delle possibili conseguenze per il tasso debitore.

⁴¹⁵ Cfr. art. 13. Le informazioni generali svolgono un ruolo importante in quanto mettono il consumatore a conoscenza dell'ampia gamma di prodotti e servizi offerti e delle principali caratteristiche degli stessi, mentre invece la pubblicità tende a concentrarsi in particolare su uno o più prodotti (v. considerando n. 38).

In questa tipologia di informazioni certamente rientrano: l'identità e l'indirizzo geografico dell'emittente delle informazioni; gli scopi per i quali il credito può essere utilizzato; le forme di garanzia, con l'indicazione dell'eventuale possibilità che il bene sia ubicato in uno Stato membro diverso; la possibile durata dei contratti di credito; i tipi di tassi debitore disponibili, precisando se fissi o variabili o di entrambi i tipi, con breve descrizione delle caratteristiche di un tasso fisso e di un tasso variabile, comprese le relative implicazioni per il consumatore; in caso di crediti in valuta estera va indicata la valuta estera fornendo anche una spiegazione delle implicazioni per il consumatore quando il credito è denominato in una valuta estera⁴¹⁶; un esempio rappresentativo dell'importo totale del credito, del costo

⁴¹⁶ Comprensibili difficoltà si sono notate, nel tempo, con riferimento ai prestiti in valuta estera, particolarmente rischiosi, e come la direttiva mostra si è ritenuto opportuno assicurare che il consumatore sia consapevole del pericolo cui si espone ed abbia la possibilità di limitare la propria esposizione al rischio di cambio per la durata del credito. Il consumatore, in particolare, deve avere il diritto di convertire al tasso di mercato applicabile il giorno della domanda di conversione, salvo se diversamente precisato nel contratto di credito, il contratto di credito in una valuta alternativa – la quale è quella in cui il consumatore percepisce principalmente il reddito o detiene gli attivi con i quali dovrà rimborsare il credito, come indicato al momento della più recente valutazione di merito creditizio condotta in relazione al contratto di credito, o quella dello Stato membro in cui il consumatore era residente al momento della conclusione del contratto di credito o è attualmente residente – al ricorrere di determinate condizioni o esistano altri meccanismi volti a limitare il rischio di cambio a cui il consumatore è esposto in forza del contratto di credito.

Si prevede, peraltro, nella direttiva, che, se un consumatore ha un prestito in valuta estera, il creditore debba avvisarlo su carta o mediante un altro supporto durevole almeno laddove il valore dell'importo totale o delle rate periodiche residui a carico del consumatore vari di oltre il 20% rispetto a quello che si avrebbe se si applicasse il tasso di cambio tra la valuta del contratto di credito e la valuta dello Stato membro applicabile al momento della conclusione del contratto di credito. L'avvertenza informa il consumatore dell'aumento dell'importo totale dovuto, indica, se del caso, il diritto di convertirlo in una valuta alternativa e le condizioni per farlo e illustra altri eventuali meccanismi applicabili per

totale del credito per il consumatore, dell'importo totale che il consumatore deve pagare e del TAEG; un'indicazione di eventuali ulteriori costi non compresi nel costo totale del credito per il consumatore, da pagare in relazione a un contratto di credito; le differenti opzioni disponibili per rimborsare il credito, inclusi numero, frequenza, importo delle rate di rimborso; se del caso, una dichiarazione chiara e concisa che affermi che il rispetto delle condizioni contrattuali dei contratti di credito non garantisce il rimborso dell'importo totale del credito, in base al contratto di credito; una descrizione delle condizioni direttamente connesse al rimborso anticipato⁴¹⁷; l'eventuale necessità di una perizia sul valore

limitare il rischio di cambio cui è esposto il consumatore. Inoltre, se nel contratto di credito non esiste alcuna disposizione volta a limitare il rischio di cambio a cui il consumatore è esposto nel caso di una fluttuazione del tasso di cambio inferiore al 20%, il PIES include un esempio illustrativo dell'impatto di una fluttuazione del 20% sul tasso di cambio.

Inoltre, se il contratto di credito è un credito a tasso variabile, gli Stati membri debbono assicurare che ogni indice o tasso di riferimento utilizzato per calcolare il tasso debitore sia chiaro, accessibile, obiettivo e verificabile dalle parti contrattuali e dalle autorità competenti e che gli archivi storici degli indici per il calcolo dei tassi debitori siano mantenuti dai fornitori di tali indici o dai creditori.

⁴¹⁷ Gli Stati membri sono tenuti ad assicurare che il consumatore abbia il diritto di adempiere in tutto o in parte agli obblighi che gli derivano da un contratto di credito prima della scadenza di tale contratto, con diritto ad una riduzione del costo totale del credito, che riguarda gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto. Gli Stati membri potrebbero, invero, assoggettare l'esercizio del diritto menzionato a determinate condizioni, ad esempio a restrizioni temporali, ad un trattamento diverso a seconda del tipo di tasso debitore o del momento in cui il consumatore esercita il diritto, o a restrizioni relative alle condizioni alle quali il diritto può essere esercitato. Gli Stati membri potrebbero anche prevedere che il creditore abbia diritto, laddove giustificato, ad un indennizzo equo e obiettivo – non superiore alla perdita economica sofferta dal creditore per gli eventuali costi direttamente connessi al rimborso anticipato – ma non possono imporre una sanzione penale al consumatore. Se un consumatore intende adempiere agli obblighi che gli derivano da un contratto di credito prima della scadenza di tale contratto, il creditore deve fornire al consumatore, senza indugio e dopo la ricezione della richiesta, su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, le informazioni necessarie per prendere in considerazione tale

dell'immobile, il responsabile dell'esecuzione della perizia, i costi che per il consumatore ne derivano; un'indicazione dei servizi accessori che il consumatore è obbligato ad acquistare per ottenere il credito oppure per ottenerlo alle condizioni offerte, precisando eventualmente che i servizi accessori possono essere acquistati da un fornitore diverso dal creditore; un'avvertenza generale sulle possibili conseguenze dell'inosservanza degli impegni legati al contratto di credito.

Vi è, inoltre, l'obbligo per creditori, intermediari o rappresentanti designati di mettere a disposizione del consumatore le informazioni definite "precontrattuali" dalla rubrica dell'art. 14 della direttiva, ossia le informazioni personalizzate e fornite su supporto cartaceo o comunque durevole tramite il PIES⁴¹⁸, necessarie a confrontare i crediti disponibili sul mercato, valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata sull'opportunità di concludere un contratto di credito.

Dette informazioni vanno fornite senza indebito ritardo, dopo che il consumatore ha fornito le informazioni necessarie circa le sue esigenze, la sua situazione finanziaria e le sue preferenze, e in tempo utile, prima che il consumatore sia vincolato da un contratto di credito o da un'offerta.

All'esito di indagini compiute presso i consumatori degli Stati membri in via preliminare rispetto all'elaborazione della recente direttiva, era emersa l'opportunità di migliorare il contenuto e la struttura del citato prospetto, e segnatamente di utilizzare un linguaggio semplice e comprensibile, di riesaminare l'ordine delle informazioni, di semplificare la formulazione, di accorpare alcune sezioni quali «tasso nominale» e «tasso annuo effettivo globale» e di aggiungere altre sezioni, quali «*caratteristiche flessibili*», di introdurre una tabella di

opzione. Le informazioni quantificano almeno le implicazioni per il consumatore in caso di adempimento dei suoi obblighi prima della scadenza del contratto di credito e indicano chiaramente le ipotesi, ragionevoli e giustificabili, utilizzate.

⁴¹⁸ Si tratta del Prospetto Informativo Europeo Standardizzato, di cui all'allegato II della direttiva in parola.

ammortamento esemplificativa fornita al consumatore nei casi in cui il credito sia a interessi differiti, nel quale rimborso del capitale è differito per un periodo iniziale o il tasso debitore sia fisso per l'intera durata del contratto ⁴¹⁹.

Il PIES, dunque, dovrebbe essere personalizzato e rispecchiare le preferenze espresse dal consumatore, ma la fornitura delle informazioni personalizzate non dovrebbe implicare l'obbligo di un parere.

I contratti di credito dovrebbero essere conclusi solo quando il consumatore ha beneficiato del tempo necessario a confrontare le offerte, valutarne le implicazioni, ottenere se necessario il parere di un terzo e ha preso una decisione informata quanto all'accettazione o meno dell'offerta.

Al consumatore deve essere lasciato, difatti, un arco di tempo di almeno sette giorni, durante il quale il medesimo avrà tempo a sufficienza per confrontare le varie offerte, valutarne le implicazioni e prendere una decisione informata.

Spetta, peraltro, alle legislazioni nazionali decidere se considerare detto arco di tempo come un periodo di riflessione anteriore alla conclusione del contratto oppure come un periodo

⁴¹⁹ Così nei considerando nn. 40 e 41. I requisiti di informativa sui contratti di credito contenuti nel prospetto non dovrebbero pregiudicare i requisiti di informativa europei o nazionali relativamente ad altri prodotti o servizi che possono essere offerti con il contratto di credito, come condizioni per ottenere il contratto di credito relativo a beni immobili, o offerti per ottenere il contratto a un tasso debitore inferiore, ad esempio assicurazioni contro gli incendi o assicurazioni sulla vita o prodotti d'investimento. È opportuno che gli Stati membri possano mantenere o introdurre una normativa nazionale laddove manchino disposizioni armonizzate, ad esempio requisiti di informativa sul livello dei tassi di usura in fase precontrattuale o informazioni che potrebbero essere utili ai fini dell'educazione finanziaria o di una risoluzione extragiudiziale. Le informazioni aggiuntive dovrebbero essere, tuttavia, fornite in un documento separato, eventualmente allegato al PIES (cfr. considerando n. 42).

utile all'esercizio del diritto di recesso successivamente alla conclusione del contratto di credito oppure ancora una combinazione delle due opzioni⁴²⁰.

Il menzionato modello PIES non può essere modificato rispetto a quanto indicato nell'allegato II alla direttiva; se il professionista fornisce informazioni aggiuntive, lo deve fare a mezzo di un documento distinto che può essere allegato al PIES.

Quantomeno nei casi in cui non sussiste un diritto di recesso, il professionista fornisce al consumatore una copia della bozza del contratto di credito all'atto della presentazione dell'offerta vincolante per il creditore.

Nei casi in cui sussiste il diritto di recesso, invece, il professionista deve proporre al consumatore di fornire una copia della bozza del contratto di credito all'atto della presentazione dell'offerta vincolante per il creditore.

E' previsto dalla direttiva un insieme di obblighi di informazione riguardanti i professionisti intermediari creditizi e i rappresentanti designati,⁴²¹ che questi ultimi debbono fornire al consumatore in tempo utile, prima dello svolgimento di qualsiasi attività di intermediazione del credito. Tra queste, che devono comunque essere messe a disposizione su supporto cartaceo o altro supporto durevole, vi sono: identità e indirizzo dell'intermediario; registro di iscrizione dell'intermediario, numero di iscrizione e mezzi per verificarla; il fatto che l'intermediario sia vincolato o lavori in via esclusiva con uno o più creditori, nei quali casi deve essere indicato il nome del creditore o dei creditori; l'eventuale offerta da parte dell'intermediario di servizi di consulenza; il compenso che, se del caso, il consumatore deve versare all'intermediario per i suoi servizi o, se non è possibile una precisa indicazione, almeno il metodo per il calcolo del compenso; le procedure idonee a consentire ai

⁴²⁰ Nel caso si opti per il periodo di riflessione precedente alla conclusione del contratto, durante esso il creditore è vincolato all'offerta e il consumatore può accettarla.

In caso si propenda per considerarlo un periodo a disposizione del consumatore per il recesso, non si fa applicazione dell'art. 6 della direttiva 2002/65/CE.

⁴²¹ Cfr. art. 15.

consumatori o ad altri interessati di presentare reclami internamente circa gli intermediari del credito e di ricorrere alle procedure di reclamo e di ricorso extragiudiziali; l'esistenza e l'importo di commissioni o di altri incentivi che il creditore o terzi versano all'intermediario per i suoi servizi in riferimento al contratto di credito, tenuto conto che l'intermediario, se l'importo non è noto al momento della comunicazione, deve comunicarlo in una fase successiva nel PIES.

Peraltro, se l'intermediario addebita al consumatore un compenso e riceve altresì una commissione dal creditore o da un terzo, deve spiegare al consumatore se la commissione sarà o meno detratta dal compenso e se, in tal caso, totalmente o parzialmente.

Viene trattato dallo strumento comunitario in parola l'importante concetto delle spiegazioni adeguate,⁴²² cioè di quelle spiegazioni sui contratti di credito e su eventuali servizi accessori che il creditore e gli intermediari del credito o i loro rappresentanti forniscono al consumatore, in modo che questi possa valutare se il contratto di credito e i servizi accessori proposti siano adatti alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria.

Le spiegazioni comprendono: le informazioni precontrattuali di cui agli artt. 14 (nel caso dei creditori) ed agli artt. 14 e 15 (nel caso degli intermediari o dei rappresentanti designati) della direttiva in oggetto; le caratteristiche essenziali dei prodotti proposti; gli effetti specifici che i prodotti proposti possono avere per il consumatore (incluse le conseguenze del mancato pagamento); la precisazione se eventuali servizi accessori aggregati al contratto di credito possono essere o meno disdetti separatamente e con quali conseguenze per il consumatore.

La direttiva è chiara nel sottolineare l'opportunità di adattare le modalità e la portata delle spiegazioni nonché il soggetto che le fornisce al contesto in cui il contratto di credito viene offerto, al destinatario ed alla natura del credito offerto.

⁴²² Cfr. art. 16.

Appare come prioritariamente importante, insomma, assicurare una trasparenza sufficiente a chiarire ai consumatori la natura degli impegni contratti nell'interesse della loro stabilità finanziaria e l'esistenza o meno di una certa flessibilità nel corso del contratto di credito.

I consumatori, in particolare, dovrebbero ricevere informazioni sul tasso debitore durante il rapporto contrattuale nonché nella fase precontrattuale e dovrebbero avere diritto a ricevere una tabella di ammortamento aggiornata qualora il tasso debitore subisca modifiche⁴²³.

Merita un particolare approfondimento, tra i temi presi in considerazione dalla direttiva in parola e tra le informazioni che il consumatore ha diritto di ricevere, il costo del credito ed in particolare del TAEG, il quale rappresenta il principale indicatore utilizzato per il raffronto dei prodotti di credito ipotecario.

Anzi, poter confrontare uniformemente su tutto il territorio dell'Unione le informazioni riguardanti i TAEG è la modalità che appare adeguata e necessaria al fine di garantire ai consumatori un elevato ed uniforme grado di tutela, da una parte, e di favorire un buon funzionamento del mercato interno in detto settore, dall'altra.

Il TAEG (Tasso Annuo Effettivo Globale) viene calcolato secondo una formula matematica riportata in allegato alla direttiva⁴²⁴, con un calcolo basato sul presupposto che il contratto di credito rimanga valido per il periodo di tempo convenuto e il creditore e il consumatore adempiano ai loro obblighi nei termini ed entro le date convenuti nel contratto di credito. Ove si fosse in presenza di un contratto in cui sono contenute clausole che permettono di modificare il tasso debitore e le spese, computate nel TAEG ma non quantificabili al momento del calcolo, il tasso è calcolato muovendo dall'ipotesi che il tasso debitore e le altre spese rimarranno fissi rispetto al livello stabilito alla conclusione del contratto.

⁴²³ Cfr. considerando n. 67.

⁴²⁴ Cfr. allegato I.

Il costo totale del credito per il consumatore dovrebbe comprendere tutti i costi legati al contratto di credito che il consumatore deve pagare e che sono noti al creditore.

Dovrebbe⁴²⁵ pertanto includere interessi, commissioni, imposte, compensi per gli intermediari del credito, costi della valutazione dei beni immobili a fini ipotecari e tutte le altre spese, escluse le spese notarili, richieste per ottenere il credito, per esempio un'assicurazione sulla vita, oppure per ottenerlo alle condizioni contrattuali previste, per esempio un'assicurazione contro gli incendi.

Il costo totale del credito per il consumatore dovrebbe escludere i costi che il consumatore sostiene in relazione all'acquisto dell'immobile o del terreno, ad esempio le tasse associate e le spese notarili o i costi di registrazione catastale.

Certo non è semplice stabilire oggettivamente in quale misura il creditore sia a conoscenza dei costi, avendo come sola indicazione l'obbligo di tenere in considerazione il parametro della diligenza professionale. Dovrebbe a tal riguardo presumersi che il creditore sia a conoscenza dei costi dei servizi accessori offerti al consumatore in proprio o per conto di terzi, a meno che il prezzo non dipenda dalle caratteristiche specifiche o dalla situazione del consumatore.

Nel TAEG sono contenuti anche i costi di apertura e di tenuta di uno specifico conto, i costi relativi all'utilizzazione di un mezzo di pagamento che permette di effettuare operazioni e prelievi su quel conto e gli altri costi relativi alle operazioni di pagamento, ove sia obbligatorio aprire o mantenere un conto per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni offerte sul mercato.

Possono esservi contratti di credito per cui è concordato un tasso debitore fisso in relazione al periodo iniziale di almeno cinque anni, al termine del quale il tasso debitore è negoziato per concordare un nuovo tasso fisso per un ulteriore periodo di riferimento; in tal caso, il calcolo dell'ulteriore TAEG esemplificativo comunicato nel PIES copre solo il

⁴²⁵ V. considerando n. 50

periodo iniziale a tasso fisso ed è basato sull'ipotesi che, al termine del periodo per cui si stabilisce il tasso debitore fisso, il capitale residuo sia rimborsato.

Se il contratto di credito permette variazioni del tasso debitore, il consumatore deve essere informato almeno attraverso il PIES delle possibili conseguenze delle modifiche sugli importi da pagare e sul TAEG, tramite un ulteriore TAEG illustrativo dei possibili rischi legati ad un significativo aumento del tasso debitore.

Poiché nella fase di pubblicità il TAEG può essere indicato soltanto tramite un esempio, quest'ultimo dovrebbe essere rappresentativo. Esso dovrebbe pertanto corrispondere, per esempio, alla durata media e all'importo totale del credito concesso per il tipo di contratto di credito in questione. Nel determinare l'esempio rappresentativo si dovrebbe prendere in considerazione anche la prevalenza di certi tipi di contratto di credito in uno specifico mercato. Sarebbe preferibile, inoltre, che ogni creditore si basasse su un importo di credito rappresentativo della gamma dei propri prodotti e della base di consumatori prevista, dato che questi elementi possono variare considerevolmente da un creditore all'altro.

In merito al TAEG comunicato nel PIES si dovrebbe tener conto, ove possibile, delle preferenze e delle informazioni fornite dal consumatore e il creditore o l'intermediario del credito dovrebbero precisare se l'informazione fornita è esemplificativa o rispecchia le preferenze e le informazioni fornite⁴²⁶.

È importante, peraltro, che nel PIES si chiarisca al consumatore, se del caso, che il TAEG si basa su ipotesi e che potrebbe subire modifiche in modo che i consumatori possano tenerne conto quando confrontano i prodotti. È importante che il TAEG tenga conto di tutti i prelievi a titolo del contratto, siano essi pagati direttamente al consumatore o a un terzo per conto del consumatore.

⁴²⁶ In ogni caso gli esempi rappresentativi non dovrebbero confliggere con i requisiti di cui alla direttiva 2005/29/CE.

IV.G).6 I principi cardine della direttiva: oltre gli obblighi informativi, la valutazione del merito creditizio

Importante concetto propugnato dalla direttiva in parola è la valutazione del merito creditizio (art. 18), che incombe sul creditore sotto forma di obbligo di valutazione approfondita antecedente alla conclusione del contratto di credito, basata su procedure ed informazioni messe a punto, documentate e mantenute aggiornate a cura degli Stati membri e idonea a tenere in adeguata considerazione fattori pertinenti ai fini della verifica delle prospettive di adempimento da parte del consumatore degli obblighi assunti con il contratto di credito.

Se non è stata condotta correttamente la valutazione, il creditore non può fondarsi su questo solo motivo per risolvere o modificare in un secondo tempo e a danno del consumatore il contratto di credito concluso con quest'ultimo, salvo che si provi che il consumatore abbia intenzionalmente omesso di fornire o abbia falsificato le informazioni che lo riguardano.

Peraltro, prima di procedere ad un significativo aumento dell'importo totale del credito successivo alla conclusione del contratto, il merito creditizio del consumatore deve essere rivalutato sulla base di informazioni aggiornate, a meno che detto credito supplementare fosse previsto e incluso nella valutazione del merito creditizio originaria.

Solo quando i risultati della valutazione del merito creditizio indichino che gli obblighi derivanti dal contratto di credito saranno verosimilmente adempiuti secondo le modalità prescritte dal contratto di credito, il creditore liquiderà il credito al consumatore.

Il creditore a tali fini potrà utilizzare una banca dati, informandone previamente il consumatore⁴²⁷.

⁴²⁷ La consultazione di una banca dati relativa ai crediti è un elemento che può rivelarsi effettivamente utile nella valutazione del merito di credito, ed i creditori dovrebbero poter procedere a questa consultazione per l'intera durata del rapporto, sebbene al solo scopo di individuare e valutare il potenziale di inadempimento. Per assicurare che detto strumento

In caso di rigetto della richiesta di finanziamento, il creditore informa il consumatore senza indugio del rifiuto e, se del caso, del fatto che la decisione è basata sul trattamento automatico di dati.

Se il rifiuto è basato sul risultato della consultazione di una banca dati il creditore informa il consumatore dei risultati di detta consultazione e indica gli estremi della banca dati consultata.

Viene, inoltre, raccomandata un'attenta valutazione dei beni immobili residenziali affidabili ai fini della concessione dei crediti ipotecari, da effettuarsi sulla base di standards affidabili elaborati dalle legislazioni nazionali⁴²⁸.

La valutazione del merito creditizio di cui all'art. 18 della direttiva è effettuata sulla base delle informazioni sul reddito e sulle spese del consumatore e su altre informazioni circa la situazione economica e finanziaria necessarie, sufficienti e proporzionate. Le informazioni sono ottenute dal creditore da pertinenti fonti interne o esterne, incluso il consumatore, e

sia utilizzato per l'individuazione e la risoluzione tempestive dei rischi di credito nell'interesse del consumatore e non a fini commerciali, tale consultazione dovrebbe essere assoggettata ad adeguate garanzie. In particolare – a norma della direttiva 95/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati – i consumatori dovrebbero essere informati dai creditori della consultazione della banca dati relativa ai crediti prima della consultazione stessa e dovrebbero avere il diritto di accedere ai loro dati personali ivi contenuti in modo da potere, se del caso, rettificarli, cancellarli o bloccarli qualora siano inesatti o trattati in modo illegittimo.

⁴²⁸ Pertanto, i creditori sono tenuti ad assicurare il rispetto di tali norme quando effettuano direttamente la valutazione di un immobile o comunque a prendere misure ragionevoli per assicurare l'applicazione di tali *standards* quando la valutazione è condotta da terzi. Peraltro, i periti, interni ed esterni, che conducono valutazioni di beni immobili dovranno essere competenti sotto il profilo professionale e sufficientemente indipendenti dal processo di sottoscrizione del credito, in modo da poter fornire una valutazione imparziale ed obiettiva, che deve essere documentata su supporto durevole e della quale il creditore deve conservare un esemplare (cfr. art. 18, comma 6).

comprendono le informazioni fornite all'intermediario del credito o al rappresentante designato nel corso della richiesta di credito. Le informazioni sono opportunamente verificate, anche attingendo, se necessario, a documentazione indipendente verificabile.

Gli intermediari del credito o i rappresentanti designati dovranno, invero, avere cura di fornire le necessarie informazioni ottenute dal consumatore al pertinente creditore per consentire l'esecuzione della valutazione del merito creditizio.

I creditori precisano in modo chiaro e diretto già nella fase precontrattuale le informazioni e le evidenze documentali necessarie provenienti da fonti indipendenti verificabili che il consumatore deve fornire e il termine entro il quale devono essere fornite. Tale richiesta di informazioni è proporzionata e limitata a quanto necessario per eseguire un'adeguata valutazione del merito creditizio. E' poi consentito ai creditori di chiedere chiarimenti sulle informazioni ricevute in risposta a tale richiesta, se necessario per consentire la valutazione del merito creditizio.

Non è invece consentito a un creditore risolvere il contratto a motivo del fatto che le informazioni fornite dal consumatore prima della conclusione del contratto di credito erano incomplete, eccettuato eventualmente il caso in cui sia comprovato che il consumatore ha intenzionalmente omesso di fornire o ha falsificato le informazioni.

D'altra parte, i consumatori debbono essere consapevoli della necessità di fornire informazioni corrette in risposta alla richiesta formulata dal creditore, e che tali informazioni siano sufficientemente complete per condurre un'adeguata valutazione del merito creditizio.

Il creditore, l'intermediario del credito o il rappresentante designato avvertono, anche utilizzando un formato standardizzato, il consumatore che, se il creditore non può effettuare la valutazione del merito creditizio in quanto il consumatore sceglie di non fornire le informazioni o gli elementi di verifica necessari alla valutazione del merito creditizio, il credito non può essere accordato.

L'attenzione che la direttiva in esame pone sulla valutazione del merito creditizio, evidenzia come sia essenziale che la capacità e la propensione del consumatore a rimborsare il credito siano accertate prima della stipula del relativo contratto e tengano conto di tutti i fattori necessari e pertinenti che potrebbero influenzare la capacità del consumatore di provvedere al rimborso.

In particolare⁴²⁹, la capacità del consumatore di rimborsare integralmente il credito dovrebbe tenere conto di pagamenti futuri o di aumenti dovuti ad ammortamenti negativi o pagamenti differiti del capitale o degli interessi e dovrebbe essere considerata alla luce di altre spese periodiche, altri debiti e impegni finanziari nonché di redditi, risparmi e attivi. È, invero, opportuno tenere ragionevolmente conto di eventi futuri che possano verificarsi lungo l'intera durata del contratto di credito proposto, come la riduzione di reddito quando la durata del credito non cessa con il pensionamento o, laddove applicabile, un aumento del tasso debitorio o oscillazioni negative del tasso di cambio.

Il valore del bene immobile è un elemento importante nella valutazione dell'importo del credito che può essere concesso al consumatore nel quadro di un contratto garantito, ma la valutazione del merito creditizio dovrebbe basarsi sulla capacità del consumatore di far fronte ai propri obblighi nei termini del contratto.

Di conseguenza, la possibilità che il valore del bene immobile possa superare l'importo del credito o possa aumentare in futuro non dovrebbe costituire, in generale, condizione sufficiente per concedere il credito in questione, salvo il caso in cui il fine del contratto di credito sia costruire o rinnovare un bene immobile.

La decisione del creditore sull'opportunità di concedere il credito dovrebbe ovviamente essere coerente con l'esito della valutazione del merito creditizio.

Pertanto, ad esempio, la capacità del creditore di trasferire parte del rischio di credito a terzi non dovrebbe condurlo ad ignorare le conclusioni della valutazione del merito, rendendo

⁴²⁹ V. considerando nn. 55-60.

disponibile un contratto di credito a un consumatore che probabilmente non sarà in grado di rimborsarlo.

D'altronde, una valutazione positiva del merito di credito non dovrebbe tradursi nell'obbligo per il creditore di erogare il credito.

IV.G).7 I principi cardine della direttiva: la prestazione di servizi di consulenza

Nel contesto di una determinata operazione, il creditore, l'intermediario del credito o il rappresentante designato debbono indicare esplicitamente al consumatore se i servizi di consulenza vengono prestati o possono essere prestati al consumatore e, prima della fornitura di servizi di consulenza o, se del caso, prima della conclusione di un contratto per la prestazione di servizi di consulenza, i medesimi debbono fornire al consumatore alcune informazioni, anche sotto forma di informazioni precontrattuali, su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, tra le quali se la raccomandazione prenderà in considerazione solo la gamma dei propri prodotti o un'ampia gamma di prodotti fra quelli reperibili sul mercato, in modo che il consumatore possa comprendere su che base la raccomandazione è effettuata, e l'eventuale compenso dovuto dal consumatore per i servizi di consulenza o, qualora al momento della comunicazione l'importo non possa essere accertato, il metodo utilizzato per calcolarlo.

Quando forniscono servizi di consulenza, i creditori, gli intermediari del credito o i rappresentanti designati debbono ottenere le informazioni necessarie circa la situazione personale e finanziaria del consumatore, le sue preferenze ed i suoi obiettivi, in modo da poter raccomandare contratti di credito adeguati e fare una valutazione fondata su informazioni aggiornate e su ipotesi ragionevoli circa i rischi per la situazione del consumatore per tutta la durata del contratto di credito proposto.

Inoltre, detti operatori, quando agiscono con vincolo di mandato, debbono prendere in considerazione un numero sufficiente di contratti di credito nella loro gamma di prodotti e

raccomandare, da tale gamma di prodotti, un contratto di credito adeguato o più contratti di credito adeguati ai bisogni e alla situazione finanziaria e personale del consumatore.

Ove detto vincolo di mandato non sussista, invece, i professionisti debbono tenere in considerazione un numero sufficiente di contratti di credito disponibili sul mercato e raccomandare un contratto di credito adeguato o più contratti di credito disponibili sul mercato adeguati ai bisogni e alla situazione finanziaria e personale del consumatore.

Insomma, gli operatori del settore hanno l'obbligo di agire nel migliore interesse del consumatore, informandosi in merito ai bisogni e alla situazione dell'utente e raccomandando contratti di credito adeguati, aiutandolo a comprendere le proprie esigenze finanziarie e ad individuare le tipologie di prodotti potenzialmente in grado di soddisfarle⁴³⁰. Infine, i creditori, gli intermediari del credito o i rappresentanti designati sono tenuti a fornire al consumatore un documento cartaceo o su altro supporto durevole contenente la raccomandazione formulata e, se la legislazione statale sceglierà di prevederlo, ad avvisare il consumatore quando, considerando la sua situazione finanziaria, un contratto di credito possa comportare un rischio specifico a suo carico.⁴³¹

IV.G).8 La trasparenza gestionale

⁴³⁰ Fornire consulenza sotto forma di raccomandazioni personalizzate costituisce, pertanto, un'attività separata che può, ma non deve necessariamente, essere combinata con altri aspetti della concessione o intermediazione del credito.

Per poter comprendere la natura dei servizi offerti, i consumatori dovrebbero pertanto sapere quando i servizi di consulenza sono, o possono essere, forniti loro e quando non lo sono e in che cosa consistono tali servizi. Sarebbe opportuno in tale prospettiva che gli Stati membri imponessero garanzie per i casi in cui la consulenza è descritta come indipendente, al fine di assicurare che la gamma di prodotti considerata e le modalità di remunerazione siano commisurate alle aspettative dei consumatori riguardo a tali consulenze (vedasi considerando nn. 63, 64).

⁴³¹ Cfr. art. 22.

Come sopra accennato, la direttiva pare suggerire come accanto alla trasparenza informativa sia necessaria, onde tutelare adeguatamente il consumatore, anche una trasparenza che si potrebbe definire gestionale, in quanto attinente all'organizzazione del professionista ed alle competenze del relativo personale.

La recente direttiva evidenzia, anzitutto, come possa influire positivamente nella protezione del consumatore una congrua politica retributiva, che sia tale da promuovere una gestione sana e prudente, che escluda assunzioni di rischio superiori al livello tollerato dal creditore e che eviti conflitti di interesse facendo sì, in particolare, che la retribuzione non venga subordinata al numero o alla percentuale delle domande accolte.

Difatti, la direttiva fa emergere⁴³² la convinzione che le modalità remunerative del personale interessato influenzino il grado di fiducia riposto dai consumatori nel settore finanziario e la necessità di evitare che esse pregiudichino la capacità di agire nel migliore per interesse del consumatore e comunque che possano instaurare una subordinazione rispetto ad obiettivi di vendita.

Un accorgimento utile a tal fine, per esempio, potrebbe essere l'imposizione di un divieto a creditori, intermediari del credito e rappresentanti designati di incentivare il proprio personale a concludere un determinato numero o tipo di contratti di credito o a offrire particolari servizi accessori ai consumatori senza tenere in debita considerazione gli interessi ed i bisogni di questi ultimi.

Poichè, dunque, la maniera in cui i creditori, gli intermediari del credito e i rappresentanti designati remunerano il proprio personale dovrebbe essere uno degli aspetti essenziali per garantire la fiducia dei consumatori nel settore finanziario, la direttiva fissa dei punti che le normative nazionali dovranno recepire nel disciplinare la remunerazione del personale allo

⁴³² Cfr. considerando n. 35.

scopo di limitare le pratiche di vendita indiscriminata e di garantire il consumatore da altri pregiudizi⁴³³.

Il personale dei creditori, degli intermediari del credito e dei rappresentanti designati, inoltre, deve avere, e ovviamente mantenere, conoscenze e competenze di livello adeguato a mettere a punto, offrire o concludere contratti di credito, a svolgere attività di intermediazione creditizia o a fornire servizi di consulenza, nonché, ove la conclusione di un contratto di credito includesse la prestazione di un servizio accessorio, a prestare detto servizio.

Dei livelli minimi di conoscenza e competenza che gli Stati debbono definire, con facoltà di differenziare tra vari livelli, sono stabiliti i principi ispiratori dall'allegato III alla direttiva, dove si chiarisce che tra i predetti requisiti minimi di conoscenza e competenza debbono figurare almeno l'adeguata conoscenza dei prodotti di credito e dei servizi accessori, della normativa in materia di contratto di credito ai consumatori e in materia di tutela dei consumatori, della procedura di acquisto del bene immobile, della valutazione delle garanzie, dell'organizzazione e del funzionamento dei registri immobiliari, del mercato, degli standards di etica professionale, della conoscenza della procedura di valutazione del merito o, se del caso, competenza nella valutazione del merito, competenza in materia economica e finanziaria.^{434 435}

⁴³³ Cfr. art. 7.

⁴³⁴ Art. 9 ed allegato III.

⁴³⁵ Si deve ritenere, soprattutto sulla scorta del considerando n. 32, che, in questo contesto, nel personale sia incluso il personale esterno che lavora per e presso il creditore, l'intermediario del credito o i rappresentanti designati nonché i relativi dipendenti. Ai fini della direttiva, il personale direttamente impegnato in attività disciplinate dalla direttiva stessa dovrebbe comprendere gli addetti al *front-office* e al *back-office*, dirigenza compresa, che ricoprono un ruolo di rilievo nelle procedure relative ai contratti di credito. Le persone che svolgono mansioni di supporto non legate alle procedure dei contratti di credito (ad esempio, personale delle risorse umane o personale impegnato nei servizi in materia di

Le attività svolte dagli intermediari del credito e dai rappresentanti designati, inoltre, sono assoggettate alla vigilanza delle autorità competenti dello Stato membro d'origine.⁴³⁶

Anzi, è stabilito un obbligo – fatte salve eccezionali ipotesi – in capo alle autorità competenti dei diversi Stati membri di collaborare tra loro ogni qualvolta ciò si renda necessario per l'espletamento delle mansioni loro assegnate dalla direttiva, avvalendosi dei poteri loro conferiti dalla stessa o dal diritto nazionale.

Tale obbligo si sostanzia, ad esempio, nell'assistenza alle autorità competenti degli altri Stati membri, in particolare attraverso scambi di informazioni, e nella collaborazione nell'ambito delle indagini o in relazione alle attività di vigilanza⁴³⁷.

E' prevista un'abilitazione per l'esercizio di tutte o di una parte delle attività di intermediazione del credito o per la prestazione di servizi di consulenza, rilasciata agli intermediari del credito da un'autorità competente nel loro Stato membro d'origine⁴³⁸.

tecnologia dell'informazione e della comunicazione) non dovrebbero invece essere considerate personale ai sensi della direttiva.

⁴³⁶ Artt. 34, 35.

⁴³⁷ Al fine di agevolare ed accelerare la collaborazione, e più precisamente lo scambio di informazioni, gli Stati membri hanno l'onere di designare un'unica autorità competente ai fini della direttiva, e di comunicarne il nominativo alla Commissione e agli altri Stati membri.

E' anche previsto un meccanismo di risoluzione delle controversie tra autorità competenti di Stati membri diversi, attraverso l'ABE.

I requisiti di abilitazione dovrebbero consentire agli intermediari del credito di operare in altri Stati membri secondo i principi della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, previo espletamento di un'adeguata procedura di notificazione tra le autorità competenti.

Tuttavia, benché la direttiva preveda un quadro che consente a tutti gli intermediari del credito abilitati, compresi gli intermediari del credito vincolati ad un solo creditore, di operare nell'intera Unione, la stessa non prevede altrettanto per i rappresentanti designati. Infatti, i rappresentanti designati che intendono operare in un altro Stato membro dovrebbero osservare i requisiti di abilitazione degli intermediari del credito stabiliti nella direttiva (cfr. considerando n. 72).

Eventuali rappresentanti designati, invece, non necessitano di un'abilitazione come intermediario del credito⁴³⁹.

L'abilitazione degli intermediari del credito deve essere subordinata in particolare al possesso, oltre al possesso dei requisiti di cui all'art. 9, di un'assicurazione per la responsabilità civile professionale valida in tutto il territorio dei Paesi nei quali vengono offerti i propri servizi, oppure di analoga garanzia per i danni derivanti da negligenza nell'esercizio della loro professione.

Sono previsti altresì i necessari requisiti di onorabilità – ossia assenza di condanne penali – l'assenza di fallimento ed il possesso di un livello di conoscenza e di competenza adeguato in relazione ai contratti di credito, come stabilito dal Paese conformemente ai principi di cui all'allegato III.⁴⁴⁰

⁴³⁸ Se lo Stato consente agli intermediari del credito con vincolo di mandato di essere abilitati dalle autorità competenti attraverso il creditore a nome del quale agiscono a titolo esclusivo, in tali casi il creditore mantiene la responsabilità piena e incondizionata per qualunque azione o omissione compiuta da detti intermediari, assicura che rispondano almeno ai requisiti professionali di cui all'art. 29, comma 2 della direttiva in parola, controlla che continuino ad agire nel rispetto della direttiva e segnatamente dei requisiti di conoscenza e di competenza.

⁴³⁹ Se un rappresentante designato è nominato da un intermediario del credito con vincolo di mandato, il creditore mantiene la responsabilità piena e incondizionata per qualunque azione o omissione compiuta dal rappresentante designato che agisce per conto di tale intermediario del credito in se. Negli altri casi è l'intermediario del credito a mantenere la responsabilità piena e incondizionata per qualunque azione o omissione compiuta dal rappresentante designato che agisce per conto dell'intermediario. Gli Stati membri che decidono di permettere agli intermediari del credito di nominare rappresentanti sono tenuti a istituire un registro pubblico, aggiornato regolarmente e consultabile *on line*, che contiene almeno le informazioni di cui all'articolo 29, comma 4 della direttiva, ed in cui vengono iscritti i rappresentanti designati stabiliti in quel determinato Stato membro.

⁴⁴⁰ Tali requisiti dovrebbero applicarsi almeno agli intermediari del credito in quanto persone giuridiche. Gli Stati membri, tuttavia, possono, come emerge dal considerando n. 69, chiarire se questi requisiti necessari per l'abilitazione si applichino anche alle persone

I criteri stabiliti per assicurare che il personale degli intermediari del credito o dei creditori rispetti i requisiti di competenza professionale ad esso richiesti vanno resi pubblici, e tutti gli intermediari del credito abilitati, indipendentemente dal fatto che siano stabiliti in qualità di persone fisiche o giuridiche, debbono essere iscritti in un registro, aggiornato e pubblicamente disponibile in linea, tenuto da un'autorità competente nei loro Stati membri di origine. Dal registro degli intermediari del credito è possibile evincere informazioni quali i nominativi delle persone che fanno parte del personale dirigente e che sono responsabili dell'attività di intermediazione, gli Stati membri in cui l'intermediario del credito esercita l'attività in regime di libertà di stabilimento o di libera prestazione di servizi e di cui ha informato l'autorità competente dello Stato membro d'origine, se l'intermediario del credito sia soggetto a vincolo di mandato o meno, il creditore a nome del quale agisce l'intermediario del credito con vincolo di mandato o, nel caso di un rappresentante designato di un intermediario del credito con vincolo di mandato, il creditore a nome del quale agisce il rappresentante designato⁴⁴¹.

Chiaramente è prevista anche la possibilità della revoca dell'abilitazione degli intermediari del credito, con conseguente tempestiva cancellazione dal registro, per ragioni quali la rinuncia espressa o il mancato esercizio per un periodo di sei mesi, l'aver ottenuto l'abilitazione presentando dichiarazioni false o ingannevoli o con qualsiasi altro mezzo irregolare, la perdita dei requisiti necessari all'abilitazione, la violazione grave o sistematica

fisiche, ossia ai singoli dipendenti dell'intermediario del credito, nonché richiedere ulteriori requisiti (ad esempio, l'onorabilità degli azionisti dell'intermediario del credito, ovvero la possibilità per un intermediario del credito di vincolarsi ad un solo creditore), purché proporzionati e compatibili con la normativa europea.

⁴⁴¹ E' stata, peraltro, prevista l'istituzione di uno sportello unico che consenta di accedere agevolmente e rapidamente alle informazioni provenienti dal registro nazionale, istituito elettronicamente e aggiornato costantemente; esso consentirebbe di identificare le autorità competenti di ciascuno Stato membro.

delle disposizioni che disciplinano le condizioni di esercizio dell'attività degli intermediari del credito adottate in applicazione della direttiva.^{442 443}

⁴⁴² L'abilitazione di un intermediario del credito da parte dell'autorità competente dello Stato membro d'origine è valida per l'intero territorio dell'Unione, senza che sia necessaria alcuna abilitazione supplementare da parte delle autorità competenti degli Stati membri ospitanti al fine di svolgere le attività e fornire i servizi contemplati dall'abilitazione, a condizione che le attività che un intermediario del credito intende svolgere nello Stato membro ospitante siano coperte dall'abilitazione.

Tuttavia, qualsiasi intermediario del credito abilitato che intenda esercitare per la prima volta in uno o più Stati membri la propria attività in regime di libera prestazione di servizi o voglia stabilirvi una succursale, ha l'obbligo di informarne le autorità competenti del proprio Stato d'origine.

Una volta ricevuta la predetta informazione, le suddette autorità competenti hanno l'obbligo di notificare alle autorità competenti degli Stati membri ospitanti interessati l'intenzione dell'intermediario del credito unitamente a dati quali la presenza di eventuali vincoli di mandato verso creditori e la portata di essi e, contestualmente, di informare della notificazione l'intermediario interessato che dopo un mese da detta informazione può iniziare l'attività.

⁴⁴³ Come evidenziato dal considerando n. 28, gli intermediari spesso operano anche in attività diverse dall'intermediazione creditizia, in particolare in attività di intermediazione assicurativa o servizi di investimento. Pertanto, la direttiva in oggetto dovrebbe essere coerente con la direttiva 2002/92/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 dicembre 2002, sull'intermediazione assicurativa, e con la direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, relativa ai mercati degli strumenti finanziari. In particolare, non dovrebbe essere richiesta agli enti creditizi autorizzati in conformità della direttiva 2013/36/UE e agli altri enti finanziari soggetti ad un regime di abilitazione equivalente ai sensi della legislazione nazionale un'abilitazione distinta per operare in qualità di intermediari del credito.

Inoltre, spetta agli Stati membri la facoltà di disporre che chi svolge attività di intermediazione del credito a titolo accessorio nell'ambito di un'attività professionale, ad esempio avvocati o notai, non sia soggetto alla procedura di abilitazione ai sensi della direttiva, purché tale attività professionale sia disciplinata e le norme pertinenti non ostino allo svolgimento, a titolo accessorio, di attività di intermediazione del credito.

IV.G).9 Qualche considerazione sulle tendenze emergenti dalla direttiva

La disamina sommariamente compiuta della recente direttiva lascia l'impressione che con essa si stia portando avanti, con decisione, la linea di tendenza, già emersa nell'ordinamento europeo ed in quello nazionale, che conduce il concetto di trasparenza dal piano prettamente informativo ad un livello diverso, più intenso, caratterizzato da una assistenza o consulenza al soggetto debole del rapporto.

Accanto al potenziamento progressivo del ruolo attribuito alla trasparenza nel nostro ordinamento, ed alla sua specificazione a seconda del tipo di rapporto interessato, si osserva, infatti, un ampliamento dell'ambito della disciplina di trasparenza ed una modificazione del concetto stesso di trasparenza.

La trasparenza, in particolare in ambito bancario, difatti, inizialmente identificata con il corretto adempimento di obblighi informativi, ha progressivamente visto estendersi la propria portata verso nuovi contenuti e, probabilmente, verso una nuova funzione riequilibratrice e correttiva della sproporzione esistente tra le parti del rapporto.

In questo processo di espansione, che ad oggi trova un approdo nella direttiva 2014/17/UE, gli obblighi in cui si declina la trasparenza hanno finito per ricomprendere

Stando al considerando n. 74, le persone che presentano o rinviando semplicemente un consumatore a un creditore o a un intermediario del credito a titolo accessorio nell'esercizio della loro attività professionale, ad esempio segnalando l'esistenza di un particolare creditore o intermediario del credito al consumatore o di un tipo di prodotto offerto da detto creditore o intermediario del credito, senza ulteriore pubblicità né intervento nella presentazione, nell'offerta, nei preparativi o nella conclusione del contratto di credito, non dovrebbero essere considerate intermediari del credito ai sensi della direttiva. Allo stesso modo, resterebbero esclusi dal campo applicativo della direttiva in oggetto i mutuatari che trasferiscono semplicemente un contratto di credito a un consumatore mediante una procedura di surrogazione, senza svolgere alcuna altra attività di intermediazione del credito.

anche peculiari obblighi di assistenza o di consulenza del professionista nei confronti del consumatore.

Vi erano già nel nostro ordinamento dei segnali di un simile percorso in atto.

Si pensi, in particolare, all'art. 124, comma 5 T.U.B., che prevede l'obbligo per il finanziatore di fornire al consumatore chiarimenti adeguati, così da rendergli possibile la valutazione dell'adeguatezza alle proprie esigenze e alla propria situazione finanziaria di un determinato contratto di credito al consumo, oppure, sempre in materia di credito al consumo, alla verifica del merito creditizio di cui all'art. 124-bis T.U.B.⁴⁴⁴

La tendenza pare, dunque, essere decisamente indirizzata verso l'incentivo e la valorizzazione di una più compiuta consapevolezza del cliente, principalmente tramite l'imposizione sull'intermediario di obblighi informativi finalizzati proprio a rendere il consumatore idoneo a compiere scelte consapevoli in campo finanziario.

Tuttavia, sembra che a tratti emergano dal nostro sistema delle vene di paternalismo che si fanno particolarmente evidenti ove si impongano ai professionisti obblighi di assistenza o di consulenza, e a ben vedere anche quando si tenda a potenziare il ruolo della vigilanza.

Il rischio di tutto ciò è che l'eccesso di protezione che così si profila produca un risultato opposto a quello perseguito, sfociando in una deresponsabilizzazione del consumatore invece che in una presa di coscienza da parte del medesimo.

Pertanto, appare necessario monitorare con la massima attenzione il recepimento della direttiva 2014/17/UE, in quanto ciò potrà fornire la misura del grado di avanzamento del menzionato processo di espansione ed evoluzione del concetto di trasparenza nel nostro sistema.

⁴⁴⁴ Vedasi l'analisi condotta da NIGRO A., *Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla "consulenza" nell'erogazione del credito?*, in Aa.Vv., *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Torino, 2011, 29 ss., in part. 38 ss.

IV.H) Spunti critici in tema di trasparenza bancaria

IV. H).1 Art. 125-bis TUB

L'art. 125-bis TUB, in materia di credito ai consumatori, impone la presenza di determinate informazioni all'interno del contratto⁴⁴⁵ con un'importante distinguo tra comma 8 e comma 1.

Il comma 8, difatti, dispone la nullità del contratto che non contenga alcune informazioni, considerate essenziali, e segnatamente quelle relative al tipo di contratto, alle parti del contratto, nonché all'importo totale del finanziamento ed alle condizioni di prelievo e di rimborso.

Il comma 1 della medesima norma, invece, prevede che il contratto debba contenere, in modo chiaro e conciso, anche ulteriori – si intende, ulteriori rispetto a quelli di cui al citato comma 8 – informazioni e condizioni, stabilite dalla Banca d'Italia in conformità alle deliberazioni del CICR, ma non sanziona con la nullità la relativa mancanza.

La Banca d'Italia ha stabilito cosa i contratti di credito devono indicare in modo chiaro e conciso, ed inoltre ha affermato che le informazioni relative alle condizioni economiche si possono reputare in ogni caso chiare e concise quando il contratto faccia rinvio alle Informazioni europee di base sul credito ai consumatori, le quali devono essere allegate al contratto e ne costituiscono il frontespizio.⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ Si ritiene ci si riferisca solo ai contratti e non agli atti unilaterali modificativi o estintivi del rapporto contrattuale (MAUGERI M., PAGLIANTINI S., op. cit., in part. 47).

⁴⁴⁶ Vedasi MINTO A., il nuovo documento denominato «informazioni europee di base» nell'ambito del rinnovato regime informativo nei contratti di credito ai consumatori, in Banca borsa tit. cred., fasc.1, 2012, pag. 98 ss., in part. 98 s. L'A. si sofferma sui rapporti sussistenti tra le informazioni europee di base e il Documento di sintesi: se le prime, cioè, sostituiscano il secondo, se permangano entrambi ovvero se intervengano in fasi differenti, le une nel momento anteriore alla costituzione del rapporto e l'altro in quello esecutivo del negozio.

In mancanza di informazioni e condizioni ex art 125-bis, comma 1 – differenti da quelle per la cui mancanza il comma 8 prevede la nullità – è consentito lo slittamento del termine del recesso ordinario, ai sensi dell'art. 125-ter, comma 1 del medesimo testo.

IV.H).2 Art. 125-bis TUB. carenza di chiarezza e di concisione delle informazioni

L'art. 125-bis TUB afferma, come anticipato, che le informazioni essenziali di cui al primo comma del medesimo articolo vadano redatte in modo chiaro e conciso.

Ci si chiede a riguardo se l'omissione di detti requisiti possa dare luogo, nei casi previsti dal comma 8, alla declaratoria di nullità.

In effetti⁴⁴⁷, la mancanza di chiarezza impedisce al consumatore di avere il livello di informazione che il legislatore ha voluto garantire attraverso la previsione di un obbligo di inserimento della clausola a pena di nullità e dunque il rimedio deve essere anche in questo caso la nullità.

Ciò dovrebbe valere anche per quanto attiene all'ipotesi di mancata concisione, tecnica certamente utile ad impedire al consumatore di cogliere l'informazione.

Il comma 3 dell'art. 125-bis TUB, invero, evidenziando l'importanza di stimolare nel consumatore un consenso informato e reale, dispone che, in caso di offerta contestuale di più contratti da concludere per iscritto e diversi da quelli collegati⁴⁴⁸, il consenso del consumatore vada acquisito distintamente per ciascun contratto, tramite documenti separati.

⁴⁴⁷ Così MAUGERI M., PAGLIANTINI S., op. cit., in part. 47.

⁴⁴⁸ Ai sensi dell'art. 121, comma 1, lett. d) TUB, è un "contratto di credito collegato" quel contratto di credito finalizzato esclusivamente a finanziare la fornitura di un bene o la prestazione di un servizio specifici nell'ipotesi in cui sussista almeno una delle seguenti condizioni: 1) il finanziatore si avvale del fornitore del bene o del prestatore del servizio per promuovere o concludere il contratto di credito; 2) il bene o il servizio specifici sono esplicitamente individuati nel contratto di credito.

In tal modo, si dovrebbe evitare l'effetto sorpresa, il quale potrebbe presentarsi a scapito del consumatore ove un contratto di credito contenesse clausole relative ad un diverso contratto che il consumatore stesso non è consapevole di sottoscrivere⁴⁴⁹.

L'obbligo formale appena menzionato sembrerebbe dover essere sanzionato, in caso di inadempimento, attraverso la nullità⁴⁵⁰.

IV.H).3 Mancata consegna copia al cliente. Art. 125-bis TUB

Pur trattandosi di un tema che meriterebbe ben più profonda trattazione, ci si può interrogare sulle conseguenze derivabili dalla mancata consegna da parte del professionista, in violazione dell'obbligo sancito dall'art. 125-bis, comma 1 TUB, di una copia del contratto al cliente⁴⁵¹.

Un orientamento, ad esempio, considera la consegna della copia un'obbligazione ex lege, il cui mancato rispetto darebbe luogo ad inadempimento e, dunque, ai consueti rimedi di diritto comune.⁴⁵²

Altro indirizzo, considerando la consegna una tappa della formazione del contratto, ha ritenuto che la mancanza di tale consegna portasse all'inefficacia o alla nullità del contratto stesso.⁴⁵³

⁴⁴⁹ Vedasi relazione illustrativa.

⁴⁵⁰ **MAUGERI M., PAGLIANTINI S.**, op. cit., in part. 47.

⁴⁵¹ L'uso dell'espressione clienti anziché consumatori, è stato notato da una dottrina, potrebbe attribuirsi al fatto che il legislatore si è limitato a trasporre, sul punto, quanto disposto dall'art. 117 comma 1 TUB, non più applicabile per rinvio (**MAUGERI M., PAGLIANTINI S.**, op. cit., in part. 53).

⁴⁵² **MORERA U.**, Contratti bancari (disciplina generale), cit., in part. 163 ss.; **DI SABATO D.**, *Il documento contrattuale*, Milano, 1998, in part. 107.

⁴⁵³ **DOLMETTA A.A.**, *La violazione di "obblighi di fattispecie" da parte di intermediari finanziari*, in *Contratti*, 2008, 84 ss.; **FERRO R.**, *Nuove forme di nullità*, Piacenza, 2002, in part.108; **MAJELLO U.**, *Problematiche in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali*, cit., in part. 316 ss.

Altra dottrina ancora ha equiparato la mancata consegna alla mancata conoscibilità ex art. 1341, comma 1 c.c.⁴⁵⁴

Per altro orientamento, inoltre, che non escluderebbe la collocazione dell'obbligo di consegna nella fase esecutiva, l'omessa consegna può essere inquadrata come una violazione tale da causare lo slittamento dei termini di recesso ex art. 125-ter, comma 1 TUB.

Del resto, così sembrerebbe suggerire la lettura della direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa ai contratti di credito ai consumatori 23/04/2008, n.48, che all'art 10, comma 1 dispone che "tutte le parti del contratto ricevono copia del contratto di credito" e, al comma 2, che nel contratto di credito figurano, in modo chiaro e conciso, determinate "informazioni", mentre l'art 14, comma 1 afferma che il periodo di recesso inizia dal giorno in cui il consumatore "riceve" le condizioni contrattuali e le informazioni di cui all'art. 10.

Poiché l'art. 14 citato fa riferimento all'intero art. 10 e utilizza espressioni quali "condizioni contrattuali" e "informazioni" che sembrano travalicare i termini usati dal comma 2 dell'art. 10 ("informazioni") se ne può desumere che il legislatore comunitario abbia inteso far slittare i termini di decorrenza anche nell'ipotesi di omissioni diverse da quelle di cui al comma 2 dell'art. 10, e in particolare nell'ipotesi di omissione della consegna della copia.

Inoltre, si deve tener presente l'utilizzo dell'espressione "ricevere" sia nell'art 10, comma 1 sia nell'art 14, comma 1 della direttiva. Ciò anche se il legislatore italiano ha usato "le informazioni e le condizioni" nel recepire l'art 10 della direttiva (cfr. art. 125-bis, comma 1 TUB), con ciò facendo perdere parzialmente di vista il senso che con tutta probabilità il

⁴⁵⁴ **MACARIO F.**, *sub art. 1124. Norme in attuazione di direttive comunitarie in tema di credito al consumo (art. 121 – 126 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia), in Nuove leggi civ. comm.*, 1994, 813 ss.

legislatore comunitario aveva inteso; tuttavia, trattandosi di armonizzazione massima, va fatta un'interpretazione coerente con il testo della direttiva.⁴⁵⁵

IV.H).4 Art.125-bis TUB. Omissione del TAEG

E' possibile che si verifichi il caso di un contratto di credito al consumo ove non sia stato riportato il tasso annuo effettivo globale di riferimento utilizzato⁴⁵⁶.

Le disposizioni sulla trasparenza emanate dalla Banca d'Italia⁴⁵⁷ dedicano al credito ai consumatori una apposita sezione, la settima, in attuazione del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 3 febbraio 2011 n. 117, recante "Disposizioni sul credito ai consumatori e modifiche alla Deliberazione del 4 marzo 2003 in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari".

Da queste disposizioni si evince che il TAEG deve essere indicato, tra gli altri elementi, negli annunci pubblicitari che riportano il tasso d'interesse o altre cifre concernenti il costo del credito, ai sensi dell'articolo 123, comma 1 TUB.

⁴⁵⁵ MAUGERI M., PAGLIANTINI S., op. cit., in part. 54; DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione "completa" delle disposizioni nazionali concernenti "taluni aspetti" dei "contratti di credito ai consumatori"*, in *Riv. dir. Civ.*, 2008, 276 ss.; ID., ., *La nuova disciplina dei contratti di credito dei consumatori e la riforma del t.u. bancario*, in *I contratti*, 2010, 11, 42 ss.

⁴⁵⁶ ABF Collegio di Milano 14 dicembre 2012 n. 4249 ha affrontato analoga questione con riferimento alla rinegoziazione di un mutuo fondiario in cui, pur variando il numero delle rate del piano di ammortamento, il regime di tasso e lo *spread*, non si riporta nel contratto il tasso di riferimento utilizzato. Stante l'art. 117, comma 7 TUB dovrebbe verificarsi in conseguenza di detta omissione un'integrazione autoritativa del tasso nella misura pari a quello minimo dei buoni ordinari del tesoro emessi nei dodici mesi precedenti la stipula del contratto.

⁴⁵⁷ Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti, consultabile su www.bancaditalia.it.

Le informazioni così prescritte devono essere riportate negli annunci pubblicitari in forma chiara, concisa e graficamente evidenziata, avvalendosi di un esempio rappresentativo, e segnatamente tenendo conto che nel testo o nella presentazione degli annunci pubblicitari nessuna voce può avere maggiore evidenza del TAEG. (par. 4.1., sez. VII delle predette disposizioni)⁴⁵⁸.

Il finanziatore assolve agli obblighi di fornire le informazioni precontrattuali al consumatore – prima che questi sia vincolato da un contratto di credito o da una proposta irrevocabile, per consentirgli il confronto tra le diverse offerte di credito sul mercato, così che questi possa prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione del contratto di credito – attraverso il documento denominato “Informazioni europee di base sul credito ai consumatori” o altro documento conforme alle previsioni regolamentari (paragrafi 4.2.2 e 4.2.3).

Tali documenti – che sono forniti gratuitamente, attraverso un supporto cartaceo o altro supporto durevole, attestando l'avvenuta acquisizione del documento da parte del consumatore per iscritto o attraverso altro supporto durevole – contengono, alternativamente: a) le condizioni offerte alla generalità della clientela, se queste non sono personalizzabili; b) negli altri casi, le condizioni offerte al singolo consumatore, tenendo conto delle informazioni o delle preferenze specifiche eventualmente manifestate.

I tassi di interesse, in particolare, sono riportati su base annuale e almeno con riferimento all'anno civile, e qualora un contratto di credito preveda la capitalizzazione infrannuale degli interessi, il valore del tasso, rapportato su base annua, viene indicato tenendo conto degli effetti della capitalizzazione.

Quanto al contenuto e alle modalità delle informazioni previste, prima che il consumatore sia vincolato da un contratto di credito o da una proposta irrevocabile, il finanziatore gli

⁴⁵⁸ Agli annunci pubblicitari che non riportano il tasso d'interesse o altre cifre concernenti il costo del credito si applica la sezione II, paragrafo 5 del medesimo testo.

indica svariati elementi tra cui: l'importo totale del credito e le condizioni di utilizzo; il tasso di interesse, le condizioni che ne disciplinano l'applicazione, ogni indice o tasso di riferimento applicabile al tasso iniziale nonché le condizioni temporali e le modalità per l'eventuale modifica del tasso di interesse, considerando che qualora il contratto preveda l'applicazione di tassi di interesse diversi al variare di determinate circostanze, le informazioni previste vanno fornite con riferimento a ciascuno dei tassi applicabili; l'importo, il numero e la periodicità delle rate e, ove previsto dal contratto, l'ordine con cui vengono imputati i pagamenti finalizzati al rimborso di saldi negativi ai quali sono applicati diversi tassi debitori; tutte le spese derivanti dal contratto di credito, ivi incluse le spese di gestione di un conto, quando per la stipulazione del contratto è obbligatoria l'apertura di un conto sul quale regolare i rimborsi e i prelievi effettuati dal consumatore, le spese connesse all'utilizzazione dei mezzi di pagamento che consentono di effettuare rimborsi e prelievi, le condizioni in presenza delle quali è possibile una modifica delle spese, nel rispetto delle disposizioni di legge sulla modifica unilaterale delle condizioni contrattuali; le eventuali spese notarili a carico del consumatore in relazione alla stipula del contratto di credito; gli eventuali servizi accessori connessi con il contratto di credito (ad esempio, polizza assicurativa) obbligatori per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni previste; il tasso degli interessi di mora, le condizioni in presenza delle quali esso può essere modificato e le eventuali penali previste per l'inadempimento; una chiara avvertenza delle conseguenze alle quali il consumatore può andare incontro in caso di mancato pagamento di una o più rate; le eventuali garanzie richieste; il TAEG e l'importo totale dovuto dal consumatore, illustrati mediante un esempio rappresentativo che deve indicare le ipotesi sulle quali si basa il calcolo di tale tasso. A questo riguardo, se il contratto prevede diverse modalità di utilizzo dei fondi, a ciascuna delle quali si applicano spese o tassi diversi, va riportata una chiara avvertenza circa la circostanza che l'impiego da parte del consumatore di modalità di utilizzo diverse da quella presa in considerazione per il calcolo del TAEG ai

sensi dell'allegato 5C, parte II, lettera b) delle disposizioni può comportare l'applicazione di un tasso più elevato. Dette informazioni sono fornite attraverso il documento standard denominato "Informazioni europee di base sul credito ai consumatori", redatto in conformità di un modello, in modo tale da soddisfare anche gli obblighi informativi previsti dagli articoli 67-quater, commi 1 e 2, 67-quinquies, 67-sexies, 67-septies e 67-octies del Codice del Consumo. Tuttavia, in caso di comunicazioni mediante telefonia vocale, ai fini dell'articolo 67-novies cod. cons., la descrizione delle principali caratteristiche del servizio finanziario deve comprendere il TAEG, illustrato mediante un esempio rappresentativo, e l'importo totale dovuto dal consumatore.

Per ragioni di chiarezza, se il finanziatore intende fornire al consumatore informazioni aggiuntive sul contratto di credito dovrà riportarle in un documento distinto, eventualmente allegato alle "Informazioni europee di base sul credito ai consumatori".

Oltre alle informazioni precontrattuali accennate, il consumatore ha anche il diritto di richiedere ed ottenere gratuitamente una copia del testo contrattuale idonea per la stipula, tranne nel caso in cui il finanziatore, al momento della richiesta, abbia già comunicato al consumatore la propria intenzione di rifiutare la domanda di credito.

Il TAEG, il costo totale del credito espresso in percentuale, calcolata secondo una formula matematica su base annua, dell'importo totale del credito, corrisponde più precisamente, al tasso che rende uguali, su base annua, i valori attualizzati di tutti gli impegni (prelievi, rimborsi e spese), esistenti o futuri, oggetto di accordo tra il finanziatore ed il consumatore.

Il TAEG è comprensivo degli interessi e di tutti i costi, inclusi gli eventuali compensi di intermediari del credito, le commissioni, le imposte e tutte le altre spese che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito e di cui il finanziatore è a conoscenza, escluse le spese notarili. Vi sono inclusi anche i costi, di cui il finanziatore è a conoscenza,

relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito e obbligatori per ottenere il credito o per ottenerlo alle condizioni offerte.⁴⁵⁹

Dal calcolo del TAEG sono comunque escluse: a) le eventuali penali che il consumatore è tenuto a pagare per la mancata esecuzione di uno qualsiasi degli obblighi stabiliti dal contratto di credito, compresi gli interessi di mora; b) le spese, diverse dal prezzo d'acquisto, che competono al consumatore all'atto dell'acquisto.

Nel costo totale del credito sono inclusi – se oggetto di accordo tra finanziatore e consumatore – anche i costi di gestione del conto sul quale vengono registrate le operazioni di pagamento ed i prelievi, i costi relativi all'utilizzazione di mezzi di pagamento che permettano di effettuare pagamenti e prelievi e tutti gli altri costi relativi alle operazioni di pagamento.

Altri costi fissi e variabili di gestione possono rientrare nel costo totale del credito, nel caso in cui il conto possa essere utilizzato anche per operazioni diverse da quelle connesse al contratto di credito.

Nei limiti delineati dalla normativa legislativa e regolamentare, dunque, le parti sono libere di dare una determinata articolazione al testo del contratto.

Poiché è evidente la difficoltà di una simile operazione, la Banca d'Italia fornisce delle indicazioni in merito, affermando ad esempio che le informazioni relative alle condizioni economiche si possono reputare in ogni caso chiare e concise quando il contratto fa

⁴⁵⁹ Il calcolo del TAEG è fondato sull'ipotesi che il contratto di credito rimarrà valido per il periodo di tempo convenuto e che il creditore e il consumatore adempiranno ai loro obblighi nei termini ed entro le date convenuti nel contratto di credito. Se un contratto di credito contiene clausole che permettono di modificare il tasso debitore o le altre spese computate nel TAEG, ma in modo non quantificabile al momento del calcolo del TAEG stesso, si ipotizza che il tasso debitore e le altre spese rimarranno invariati rispetto al livello iniziale e si applicheranno fino alla scadenza del contratto di credito (così par. 4.2.4. della sezione VII delle disposizioni della Banca d'Italia).

semplicemente rinvio alle “Informazioni europee di base sul credito ai consumatori”, che in tale evenienza sono allegare al contratto e ne costituiscono il frontespizio⁴⁶⁰.

All'interno dei contratti di credito è imposto al finanziatore di inserire, in modo chiaro e conciso, alcune informazioni tra cui il TAEG e l'importo totale dovuto dal consumatore, calcolati al momento della conclusione del contratto, con l'indicazione delle ipotesi sulle quali si basa il calcolo del TAEG.

Debbono essere inclusi nel contratto, inoltre, tra gli altri: il tipo di credito; i dati relativi al consumatore ed al finanziatore (e, nel caso di offerta attraverso intermediari del credito, anche i dati concernenti il soggetto che entra in rapporto con il consumatore); la durata del contratto di credito; l'importo totale del credito e le condizioni di utilizzo; le caratteristiche dei contratti eventualmente collegati; l'indicazione del bene o del servizio oggetto del contratto e il relativo prezzo in contanti; il tasso di interesse, le condizioni che ne disciplinano l'applicazione e, se disponibile, ogni indice o tasso di riferimento applicabile al tasso iniziale, nonché le condizioni temporali e le modalità per l'eventuale modifica del tasso di interesse, ove consentita ai sensi dell'art. 118 TUB; l'importo, il numero e la periodicità delle rate; tutte le spese derivanti dal contratto di credito; il tasso degli interessi di mora applicabile al momento della conclusione del contratto, le condizioni in presenza delle quali questo tasso può essere modificato e le eventuali penali previste per l'inadempimento; una chiara avvertenza delle conseguenze alle quali il consumatore può andare incontro in caso di mancato pagamento di una o più rate; l'esistenza di spese notarili; le garanzie e le assicurazioni previste; l'esistenza del diritto di recesso e i termini e le condizioni per esercitarlo; i mezzi di tutela stragiudiziale (reclami e ricorsi) di cui il consumatore può avvalersi, ivi compresi i sistemi di risoluzione delle controversie ai sensi dell'art. 128-bis TUB (Arbitro Bancario Finanziario), e le modalità per accedervi.

⁴⁶⁰ Così le disposizioni al par. 5.2 della sezione VII.

La normativa sul credito ai consumatori regolata dal Titolo VI, capo II, del Testo Unico Bancario – come modificato dal d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141⁴⁶¹ e successive modificazioni – così come integrata dalle disposizioni emanate dalla Banca d'Italia, contiene al momento attuale alcune importanti novità rispetto al passato, in particolare in relazione al calcolo del tasso annuo effettivo globale, che vedono peraltro un sostanziale aumento delle voci da includere nello stesso tasso.

Anzitutto, viene così introdotta nel nostro ordinamento la nozione di “importo totale del credito”, che consiste nel limite massimo o nella somma totale degli importi messi a disposizione del consumatore in ragione di un contratto di credito (art. 121, comma 1, lett. g TUB; par. 2 sez. VII disp. Banca d'Italia).

In secondo luogo, vengono definiti i “servizi accessori connessi con il contratto di credito”, i quali sono individuati in quei servizi che siano, alternativamente: a) obbligatori ai fini della conclusione del contratto di credito, nel senso che la stipula del contratto inerente al servizio accessorio è necessaria per ottenere il finanziamento o per ottenerlo a determinate condizioni; b) offerti dal finanziatore congiuntamente al contratto di credito ma indipendentemente da una loro obbligatorietà (vedasi par. 2, sez. VII disp. Banca d'Italia).

Fanno parte del nel costo totale del credito anche i costi relativi a servizi accessori connessi con il contratto di credito – compresi i premi assicurativi – se la conclusione di un contratto avente ad oggetto detti servizi è un requisito per ottenere il credito stesso ovvero per ottenerlo alle condizioni offerte. Infatti, la nozione di “costo totale del credito” è riferita alla somma degli interessi e di tutti i costi e le spese, comunque denominati, di cui il finanziatore è a conoscenza e che il consumatore è tenuto a pagare in relazione al contratto di credito, rimanendovi incluse le commissioni, le imposte e le altre spese ad eccezione delle spese notarili (art. 121, comma 1, lett. e TUB; par. 2 sez. VII disp. Banca d'Italia).

⁴⁶¹ Recante attuazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2008/48/CE del 23 aprile 2008.

Del costo totale del credito il TAEG, dunque, rappresenta l'espressione percentuale, calcolata su base annua sull'importo totale del credito; in esso sono, dunque, incluse tutte le voci che concorrono a formare il costo totale del credito, e segnatamente gli importi relativi a interessi, commissioni, imposte, tasse, spese comunque denominate, servizi accessori connessi obbligatori.

Sono quindi esigue le voci escluse dal costo totale del credito. Tra queste figurano le spese notarili, i costi relativi a servizi accessori connessi facoltativi, le penali per l'inadempimento del consumatore (inclusi gli interessi di mora) e, nell'ipotesi in cui vi siano dei contratti di credito collegati, le somme relative alle spese diverse dal prezzo di acquisto del bene o del servizio competenti al consumatore al momento dell'acquisto.

A norma dell'art. 125-bis, comma 7 TUB, ove manchino o siano nulle le clausole relative al TAEG, quest'ultimo va parametrato al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli simili del caso indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze ed emessi nei dodici mesi antecedenti la stipula del contratto, mentre nessuna altra somma è dovuta dal consumatore a titolo di tassi di interesse, commissioni o altre spese.

Della disposizione appena menzionata, peraltro, si è sottolineato da parte dell'ABF – sebbene con riferimento alla formulazione precedente della stessa – il carattere prettamente sanzionatorio⁴⁶².

Poniamo⁴⁶³ che la copia del contratto di finanziamento consegnata al cliente al momento della stipula non rechi l'indicazione del TAEG, come invece è previsto dalla normativa vigente.

⁴⁶² ABF Collegio di Roma 16 giugno 2011 n. 1251, 29 ottobre 2010 n. 1214. Cfr anche ABF Collegio di Roma 3 settembre 2012 n. 2824 e ABF Collegio di Napoli 18 maggio 2011 n. 1043.

⁴⁶³ Come nella fattispecie di cui alla decisione ABF, Collegio di Roma, 16 giugno 2011, n. 1251.

Si può escludere che detta omissione possa essere sanata dalla successiva comunicazione con cui l'intermediario abbia informato il cliente dell'avvenuta accettazione della domanda di finanziamento⁴⁶⁴.

Un caso simile potrebbe essere quello in cui il consumatore abbia riempito e sottoscritto un modulo di richiesta di finanziamento privo dell'indicazione del TAEG e l'intermediario abbia successivamente inviato la cd. "lettera di conferma del finanziamento", contenente l'indicazione del TAEG, il quale sia stato altresì riportato nel modulo – che originariamente ne era privo – sottoscritto dal ricorrente⁴⁶⁵.

Astrattamente, dinanzi ad una simile ipotesi, si possono individuare due soluzioni alternative.

Una prima soluzione consiste nel ritenere che il modulo sottoscritto dal ricorrente, privo dell'indicazione del TAEG, e dunque di un elemento essenziale attinente all'oggetto contrattuale, valga come proposta contrattuale: in questo caso la cd. "lettera di conferma" della banca, recando un elemento nuovo – il TAEG – non presente nella proposta, risulterebbe da questa difforme e non potrebbe valere come accettazione, bensì come nuova proposta ai sensi dell'art. 1326, comma 5, c.c.

Una seconda soluzione consiste nell'affermare che il modulo sottoscritto dal ricorrente valga invece come adesione all'offerta bancaria, con la conseguenza che la sottoscrizione determina la conclusione del contratto.

⁴⁶⁴ Così ABF, Collegio di Roma, 16 giugno 2011, n. 1251. Invero, la decisione di specie colloca il contratto di finanziamento in questione fuori dall'ambito della disciplina sul credito al consumo, vista la carenza in capo alla ricorrente della qualifica di consumatore; cionondimeno, si afferma che il contratto è comunque sottoposto alle regole di trasparenza dettate dall'art. 117 TUB, dovendo pertanto in ogni caso indicare il tasso d'interesse pattuito.

⁴⁶⁵ Come nella fattispecie decisa da ABF, Roma, 29 ottobre 2010, n. 1214, la quale rientra nell'ambito della disciplina del credito al consumo.

Nel primo caso, dovrebbe giungersi a negare che sia stato concluso un valido contratto, a meno che non risulti che il consumatore abbia accettato per iscritto la “nuova proposta”.

Nel secondo caso, invece, il contratto si sarebbe concluso, ma senza l’indicazione del TAEG; pertanto, la “conferma” della banca avrebbe, in sostanza, l’effetto di modificare il contenuto contrattuale mediante l’introduzione in esso di un elemento originariamente mancante, tramite una modifica che però non sarebbe efficace o comunque opponibile al consumatore se non venisse accettata per iscritto da quest’ultimo.

A fronte delle due menzionate opzioni, appare congruo propendere per la seconda, specie se si tiene conto che, al di là di ogni considerazione formale, il rapporto tra banca e cliente ha avuto comunque esecuzione⁴⁶⁶.

La situazione non muta di molto ove si prenda in esame una diversa fattispecie, in cui il contratto, difformemente da quanto previsto dalla legge, non riporti alcuna indicazione del TAEG, comprensivo degli interessi e di tutti gli oneri da sostenere per utilizzare il credito, ma solo quella del TAN. In un caso del genere, pertanto, si dovrebbe ritenere operante il meccanismo di sostituzione automatica previsto dall’art. 125-bis, comma 7, lett. a TUB, con la conseguenza che “il TAEG equivale al tasso nominale minimo dei buoni del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell’economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto” e inoltre che sull’intermediario ricade l’onere di provvedere a ricalcolare gli interessi sul finanziamento sulla scorta della menzionata indicazione⁴⁶⁷.

Preme evidenziarsi che, a differenza dell’art. 117, comma 7 TUB, il quale si riferisce sia ai tassi legali che alle condizioni pubblicizzate, l’art 125-bis, comma 7 del medesimo testo prevede un’integrazione circoscritta ai soli tassi, in quanto “nessuna altra somma è dovuta dal consumatore a titolo di tassi di interesse, commissioni o altre spese”.

⁴⁶⁶ Così ABF, Roma, 29 ottobre 2010, n. 1214.

⁴⁶⁷ Così ABF, Collegio di Napoli, 18 maggio 2011, n. 1043.

Vero è che una soluzione di questo tipo è contemplata anche dall'art 117, comma 7, lett. b TUB; tuttavia, ciò vale per la sola ipotesi in cui l'obbligo di pubblicità non sia stato adempiuto ed inoltre, deducendo in via interpretativa, ove la pubblicità sia stata effettuata ma difetti di chiarezza⁴⁶⁸.

Un'applicazione di quest'ultima evenienza emerge dalle pronunce arbitrali. Infatti, in un'ipotesi di tal genere, ABF Collegio di Roma 13 maggio 2011, n. 1009 ha ritenuto applicabile al contratto, contenente clausole che prevedevano tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati – e dunque “nulle” ex art. 117, comma 6 TUB – l'indice Euribor a un mese riportato nel prospetto informativo consegnato dall'intermediario nel corso delle trattative, in luogo di quello (Euribor a sei mesi) menzionato nel documento contrattuale. Difatti, se la nullità riguarda la determinazione “di ogni altro prezzo o condizione praticata” diversa dal tasso di interesse si applicano gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi (ex art. 117, comma 7 TUB), e nel caso concreto la difformità contestata concerneva l'indice Euribor e, quindi, un dato che concorre alla concreta determinazione del tasso di interesse senza peraltro identificarsi con esso. Pertanto, si può dire che la pubblicazione determina a carico dell'intermediario e a tutela del cliente, un divieto di reformatio in peius delle clausole pubblicizzate. Nella fattispecie sottoposta a detto Collegio, la banca aveva consegnato al cliente, a seguito della richiesta di informazioni da parte di quest'ultimo sulla rinegoziazione del mutuo, un prospetto in cui risultava indicato, quale indice di riferimento, l'Euribor a un mese, che il cliente ha poi invocato e chiesto successivamente di applicare in luogo di quello riportato nel contratto. Come accade di frequente, nel caso di specie sul prospetto risultava impressa l'avvertenza che il prospetto stesso non era da ritenersi un'offerta al pubblico; tuttavia, appare innegabile che un simile prospetto costituisca, sulla scorta dell'art. 116, comma 1 TUB, la pubblicità attraverso la quale “le banche e gli

⁴⁶⁸ ABF Collegio di Roma 13 maggio 2011 n. 1009.

intermediari finanziari rendono noti in modo chiaro e comprensibile i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti”.

Come viene precisato dalle disposizioni integrative emanate dal CICR (Deliberazione 4 marzo 2003, art. 5) e dalla Banca d'Italia (Istruzioni di vigilanza, per le banche, Circolare n. 229 del 21 aprile 1999, e successive modifiche intervenute, Tit. X, Sez II, 1, 3), gli strumenti di pubblicità delle operazioni e dei servizi offerti da parte degli intermediari e delle relative condizioni contrattuali nella fase precontrattuale, sono i documenti contenenti i principali diritti del cliente esposti nei locali aperti al pubblico ed i fogli informativi messi a disposizione della clientela.

Affermare che le informazioni pubblicizzate non costituiscano offerta al pubblico a norma dell'art. 1336 c.c. (cfr. art. 116, comma 4 TUB) esclude semplicemente che l'intermediario sia vincolato alla conclusione del contratto per il solo fatto di aver fatto oggetto di pubblicità le condizioni praticate, ma non priva certo di rilievo giuridico la pubblicazione di tali informazioni.

Infatti, se il contratto viene concluso, le clausole che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati sono nulle e si considerano non apposte (così art. 117, comma 6 TUB). Invero, la soluzione approntata dall'art. 125-bis, comma 7, lett. a TUB non implica la conversione del contratto da oneroso a gratuito ma la semplice decadenza dell'intermediario da un diritto che ad esso sarebbe stato altrimenti attribuito⁴⁶⁹.

Si potrebbe ipotizzare, in questo quadro, che il cliente, destinatario di comunicazioni divergenti succedutesi nel tempo, chieda l'applicazione di un determinato tasso, più favorevole di quello rinegoziato ma comunque superiore alla misura minima di legge.⁴⁷⁰

Tale problema si è presentato dinanzi all'Arbitrato⁴⁷¹ in una fattispecie in cui il ricorrente aveva stipulato con la convenuta un contratto di mutuo fondiario per un determinato

⁴⁶⁹ MAJELLO U. sub art 117 in Belli-Contento-Patroni Griffi-Porzio-Santoro, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, Bologna, 2003, II.

⁴⁷⁰ ABF Collegio di Milano 14 dicembre 2012 n. 4249.

importo capitale da restituire in n. 300 rate mensili al “tasso di interesse convertibile mensilmente pari al tasso Euribor 3 mesi maggiorato di 1,150 punti percentuali per le rate a scadere dal giorno 30.11.2006”. Dopo più di due anni era stata concordemente sottoscritta tra le parti la “variazione del regime di tasso da variabile a fisso convenuto nella misura pari al tasso Euribor 3 mesi maggiorato dello spread di un solo punto percentuale”, e, trascorso un altro anno, veniva rilasciato dalla Banca, su richiesta del cliente, un prospetto da cui emergeva un tasso fisso rinegoziato pari al 3,75%.

Tuttavia, detta modifica in sede di applicazione del tasso non pare essere stata eseguita, come risulta dall’esame del rendiconto – documento di sintesi degli anni successivi alla menzionata variazione del tasso da variabile a fisso.

Anziché domandare l’applicazione dell’art. 117, comma 7 TUB⁴⁷², il ricorrente, in modo meno vantaggioso per se stesso, ha chiesto invece l’applicazione del tasso fisso di interesse del 3,75%, quale si evinceva dai citati documenti di provenienza bancaria. Consentire l’applicazione al rapporto del tasso fisso del 3,75%, così come ha fatto nel caso concreto il

⁴⁷¹ ABF Collegio di Milano, 14 dicembre 2012, n. 4249.

⁴⁷² L’accordo del 11.2.2009 è chiaro in ordine alla: 1) “variazione del numero delle rate del piano di ammortamento dalle residue 274 a 360”; “variazione del regime di tasso da variabile a fisso”; 3) “modifica dello spread da 1,15 a 1,00”. Nel contratto non è riportato, invece, il tasso di riferimento utilizzato, pur non essendo controversa tra le parti l’intenzione di modificare il tasso di interesse. Orbene, quando l’indicazione del tasso di interesse manca nel contratto il legislatore del testo unico bancario ha predisposto norme suppletive a tutela del consumatore, particolarmente penalizzanti per la banca che abbia disatteso l’obbligo della forma scritta quale imposto dall’art. 117, comma 4, TUB. In tale ipotesi, infatti, l’art. 117, comma 7, TUB dispone che il tasso sia autoritativamente fissato in quello minimo dei buoni ordinari del tesoro, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto. Tale disposizione non solo è intesa a disincentivare comportamenti non trasparenti della banca *ex ante*, ma soprattutto intende evitare che sia dato rilievo al comportamento successivo delle parti e in particolare del cliente, consapevolmente o inconsapevolmente acquiescente. Tuttavia, come detto, nel caso concreto, il cliente ricorrente non ha chiesto l’applicazione dell’art. 117, comma 7 TUB.

Collegio, si giustifica tramite la considerazione dei menzionati documenti bancari quali elementi integrativi della volontà contrattuale.

Sorge a questo punto l'interrogativo circa la possibilità di integrare volontariamente il tasso. In altri termini, ciò equivale a chiedersi se e con quali modalità gli artt. 117, comma 7 e 125-bis, comma 7 TUB possano essere derogati.

Anzitutto, si deve muovere dalla constatazione che l'incompletezza del contratto rileva come inadempimento in contrahendo del professionista rispetto all'obbligo, su di esso incombente, di documentare in modo trasparente il regolamento negoziale.

Sostanzialmente, gli artt. 117, comma 7 e 125-bis, comma 7 TUB hanno l'effetto di evitare il prodursi di una nullità del contratto per indeterminatezza del regolamento; dette norme, dunque, trovano applicazione automaticamente, a prescindere dall'eventuale ignoranza che le parti avessero di esse. Se ne può trarre, pertanto, un'indicazione circa una loro inderogabilità, con la precisazione che essa dovrebbe avere carattere unilaterale anziché assoluto, così da consentire la pattuizione di condizioni più vantaggiose per il cliente.

Certamente, non possono essere ammissibili modifiche che siano peggiorative per il cliente; d'altronde, non si deve dimenticare che l'istituto di credito si è reso artefice di una condotta rivelatasi ostativa alla piena cognizione dell'oggetto contrattuale.

Conseguentemente, si può affermare che un'eventuale volontà concorde di ambo le parti del contratto nel senso di applicare un tasso di interesse diverso da quello legale, non avrebbe rilievo salvo fosse migliorativa per il contraente debole.⁴⁷³

Del resto, la Corte di Giustizia⁴⁷⁴ ha chiaramente affermato che se in un contratto di credito ai consumatori il TAEG non è puntualmente menzionato, la clausola indicante il costo complessivo del credito deve considerarsi non trasparente ed essere rilevata d'ufficio.

⁴⁷³ Fortemente critici verso ABF Collegio di Milano 14 dicembre 2012 n. 4249, MAUGERI M., PAGLIANTINI S., op. cit., in part. 66.

⁴⁷⁴ Cfr. Corte Giust. UE 16 novembre 2010 causa C-76/10 *Pohotovost' s.r.o. Iveta Korekova*. Il dispositivo prevede anzitutto che la direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE,

concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, impone al giudice nazionale, investito di un ricorso volto all'esecuzione forzata di un lodo arbitrale avente forza di giudicato, pronunciato in assenza del consumatore, di valutare, anche d'ufficio, il carattere abusivo di una penalità contenuta nel contratto di credito concluso da un finanziatore con un consumatore, applicata nel citato lodo, ove tale giudice disponga a tal fine delle informazioni necessarie riguardo alla situazione giuridica e fattuale e possa, in forza delle disposizioni processuali nazionali, effettuare una tale valutazione nell'ambito di procedimenti analoghi basati sul diritto nazionale. In secondo luogo, vi si afferma che spetta al giudice nazionale adito determinare se una clausola di un contratto di credito, come quella oggetto della causa principale, la quale preveda, conformemente agli accertamenti effettuati da tale giudice, una penalità di importo sproporzionatamente elevato a carico del consumatore, debba essere considerata abusiva ai sensi degli artt. 3 e 4 della direttiva 93/13, alla luce delle circostanze che accompagnano la conclusione di tale contratto. In caso di soluzione affermativa, incombe pertanto a detto giudice trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale affinché tale consumatore non sia vincolato da detta clausola. In terzo luogo, il dispositivo afferma che in circostanze come quelle oggetto della causa principale, la mancata indicazione del tasso annuo effettivo globale in un contratto di credito al consumo può costituire un elemento decisivo nell'ambito dell'accertamento, da parte del giudice nazionale, della circostanza se una clausola di un contratto di credito al consumo relativa al costo di quest'ultimo, nella quale non compaia una siffatta indicazione, sia formulata in modo chiaro e comprensibile ai sensi dell'art. 4 della direttiva 93/13. Se ciò non dovesse verificarsi, il giudice nazionale può valutare, anche d'ufficio, se, alla luce delle circostanze che accompagnano la conclusione di tale contratto, l'omessa indicazione del tasso annuo effettivo globale in una clausola dello stesso relativa al costo di tale credito sia tale da attribuire alla citata clausola un carattere abusivo ai sensi degli artt. 3 e 4 della direttiva 93/13.

Tuttavia, nonostante la possibilità di valutare il citato contratto alla luce della direttiva 93/13, la direttiva 87/102 dev'essere interpretata nel senso che consente al giudice nazionale di applicare d'ufficio le disposizioni che traspongono nel diritto interno l'art. 4 di quest'ultima direttiva e in base alle quali la mancata indicazione del tasso annuo effettivo globale in un contratto di credito al consumo comporta che il credito concesso sia considerato esente da interessi e spese.

In dottrina, vedasi **CRESPI S.**, *L'interpretazione della corte di giustizia e i suoi limiti: l'esempio della giurisprudenza europea in materia di clausole abusive nei contratti con i consumatori*, in Biscotti B.,

Ragionare diversamente, d'altronde, potrebbe portare ad avallare per via giudiziale un contratto parzialmente nullo.

Invero, ci si deve chiedere se sia plausibile sostenere che un tasso, peggiorativo di quello fissato dalla legge ma unilateralmente domandato dal cliente, possa rappresentare, date le peculiari circostanze in cui il rapporto contrattuale si svolge, un giusto temperamento tra gli opposti interessi.⁴⁷⁵

Potremmo considerare che uno degli scopi dell'art. 117, comma 7 TUB⁴⁷⁶ sembra risiedere nel privare di significato concludente un'eventuale acquiescenza successiva, sia inconsapevole che consapevole, da parte del cliente. Dunque, se anche il cliente avesse ricevuto senza reagire un documento, quale una rendicontazione, recante il tasso superiore effettivamente praticato, non potrebbe dirsi che si sia avuta una forma di validazione. Non si potrebbe ipotizzare, pertanto, alcuna volontà del cliente avente funzione validativa o comunque avente funzione di elemento su cui basare l'efficacia della fattispecie.

Vero è che il tasso minimo dei BOT non rappresenta il quantum massimo consentito e, quindi, sono ammissibili tassi maggiori; tuttavia gli artt. 117, comma 7 e 125-bis, comma 7 TUB fissano imperativamente il corrispettivo di arricchimento che spetta all'istituto di credito in caso di incompletezza fraudolenta idonea a falsare il comportamento del cliente.

Dunque l'eventuale negoziazione di un tasso migliorativo per l'istituto di credito sarebbe un sovra-profitto mancante di giusta causa, o comunque un vantaggio non giustificato.

Borsellino P., Pocar V., Pulitanò D. (a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni. Atti del VII convegno della facoltà di giurisprudenza Università degli studi di Milano-Bicocca, 19-20 novembre 2009*, Milano, 2012, 159 ss., in part 177s.

⁴⁷⁵ Cfr. **GORGONI M.**, *Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al capo II Titolo VI t.u.b., novellato dal Titolo I del d.lgs. n. 141 del 2010*, in *Giur. Mer.*, 2011, 323 ss.

⁴⁷⁶ Come nota ABF Collegio di Milano 4 dicembre 2012, ma si potrebbe fare la stessa osservazione per l'art. 125 bis comma 7 tub (ad avviso di **MAUGERI M.**, **PAGLIANTINI S.**, *op. cit.*, in part. 68)

Il tasso nominale minimo dei BOT appare, perciò, come un giusto tasso, in quanto costo che la normativa ha reputato astrattamente corretto far gravare sul cliente che sia parte di un regolamento negoziale intrasparente od opaco.⁴⁷⁷

Invero, sembrano andare nella medesima direzione le recenti pronunce dell'AGCM in merito alla ricorrenza di una pratica commerciale ingannevole, allorché le informative precontrattuali o il testo del regolamento non inglobino il TAEG⁴⁷⁸.

Peraltro, appaiono da respingere i tentativi di accreditare una derogabilità ad libitum delle disposizioni del titolo VI del TUB sulla base dell'argomento che la determinabilità del trattamento più favorevole di cui all'art 127, comma 1 TUB, se condotta considerando il negozio nel suo complesso, potrebbe contemplare casi in cui un tasso eccedente quello nominale minimo dei BOT può valere da corrispettivo di altre condizioni contrattuali di maggior favore.

Invero, pare preferibile una comparazione condotta clausola per clausola rispetto ad una comparazione relativa al contesto complessivo; in secondo luogo, non è affatto scontato che un tasso migliorativo rispetto a quello imposto dagli artt. 117 e 125-bis TUB possa figurare tra i fattori su cui fondare il giudizio sulla convenienza del contratto⁴⁷⁹.

Preme evidenziarsi, altresì, che l'art. 125-bis comma 5 TUB, nell'affermare che “nessuna somma può essere richiesta o addebitata al consumatore se non sulla base di espresse previsioni contrattuali” esclude l'applicabilità della regola della determinabilità, valida per il contratto di diritto comune sulla base dell'art. 1346 c.c., imponendo invece un'esplicitazione di tutto quanto possa costituire, anche in prospettiva, un onere per il consumatore⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ **MAJELLO U.**, *sub art 117.*, cit.

⁴⁷⁸ Ad esempio, AGCM, 16 aprile 2012 e 30 novembre 2011 n. 23043.

⁴⁷⁹ **MAUGERI M., PAGLIANTINI S.**, *op. cit.*, in part. 69.

⁴⁸⁰ **MAUGERI M., PAGLIANTINI S.**, *op. cit.*, in part., 70; **MACARIO F.**, *sub art. 124.* cit., in part. 826.

In altri termini, allo scopo di reprimere la proliferazione di clausole a sorpresa, deve essere escluso che la determinazione del TAEG possa venire rimessa ad una determinazione per relationem, come sarebbe se si verificasse una quantificazione tramite comunicazioni successive. Diversamente, si aggirerebbe il divieto di relatio di cui all'art 117, comma 6 TUB, il quale prevede che “sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonchè quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati”, divieto da ritenersi coesistente al principio di trasparenza.

Altra interessante questione che potrebbe investire i rapporti tra cliente e professionista risiede nell'interrogativo circa la correttezza della pratica consistente nel far stipulare un contratto di credito attraverso la sottoscrizione, da parte del solo consumatore, di un modulo che difetta dell'indicazione del TAEG; la menzione di quest'ultimo tasso viene apposta in un momento successivo, solitamente al momento della trasmissione al cliente della cd. lettera di conferma.⁴⁸¹ Invero, una simile tecnica di perfezionamento del negozio, che pare articolata in modo tale da impedire la formazione – anche attraverso la mancata indicazione del TAEG – di una cognizione piena del rapporto contrattuale da parte del consumatore, sembra altresì idonea ad aggirare la prescrizione di forma di cui all'art 125-bis, commi 1 e 2 TUB.

Pertanto, dovrebbe farsi applicazione anche in tale ipotesi dell'art 125-bis, comma 7 TUB, escludendo la possibilità di considerare lo schema appena illustrato quale giusto bilanciamento dei contrapposti interessi.

La menzionata prassi costituita dalla cd. lettera di conferma merita un approfondimento, in quanto di essa, assai frequente nella pratica, in linea di massima possono essere date due letture.

⁴⁸¹ Cfr. ABF Collegio di Roma 29 giugno 2010 n. 1214, cit..

Se si ritiene che il modulo carente del TAEG valga come proposta al finanziatore, e che la successiva lettera di conferma – riportando un elemento nuovo e, dunque, essendo difforme rispetto alla proposta – valga non come accettazione ma come nuova proposta, se ne deve far discendere che il contratto non è concluso finché non sia intervenuto un successivo atto del cliente che valga come accettazione della nuova proposta.

Invece, se si reputa che il modulo, carente del TAEG, sottoscritto dal cliente valga come accettazione, si riterrà così perfezionato il contratto, sebbene senza TAEG; quest'ultimo figura nella lettera di conferma, la quale, inserendo nel contratto un elemento essenziale mancante, funge da atto modificativo formale. Poiché, però, la prassi in parola non contempla una separata accettazione per iscritto da parte del cliente, allora la lettera di conferma sarà inefficace o, meglio, inopponibile a questi. Da ciò discende l'integrazione automatica del contratto sulla base dell'art 125-bis, comma 7 TUB, andando così a comprimere indirettamente le modalità di perfezionamento dei contratti di finanziamento con il consumatore, in attuazione del principio di trasparenza.⁴⁸²

Come già accennato, sulla base dell'art. 125-bis, comma 6 TUB, se nel contratto figurano clausole contemplanti costi non conteggiati nel TAEG pubblicizzato ovvero inclusi in questo ma in maniera scorretta, si ha una nullità delle pattuizioni summenzionate, e segnatamente una nullità che può definirsi parziale necessaria, in quanto il caducarsi della clausola non porta con sé la nullità dell'intero contratto.

Potremmo ipotizzare che un contratto presenti condizioni più favorevoli rispetto a quelle pubblicizzate; in detta eventualità gli artt. 117 e 125-bis TUB non sembrano destinati ad avere una funzione regolativa, e troveranno invece applicazione le più vantaggiose clausole individuali.⁴⁸³

⁴⁸² Vedasi ABF Collegio di Roma 25 maggio 2012 n. 1697.

⁴⁸³ **MAUGERI M., PAGLIANTINI S.**, *op. cit.*, in part. 73, nt. 130.

Potrebbe darsi anche il caso in cui la clausola contrattuale che indica il tasso, invece di discostarsi dalle informazioni pubblicizzate nella documentazione predisposta ex art. 124 TUB, si mostri non veritiera in ragione del fatto che il tasso realmente praticato si sia rivelato superiore a quello che documentalmente risulta; ne consegue per il cliente una maggiore onerosità dell'intera operazione economica. Ad esempio, come si è più volte verificato nella prassi, potrebbe mancare il conteggio, nell'ammontare complessivo del tasso o del TAEG, degli interessi legati al periodo cd. di preammortamento. In tale caso, ove la descrizione analitica dei dati pubblicitari rispetto alla loro concretizzazione contrattuale risulti fuorviante, gli artt. 117 e 125-bis, comma 6 TUB non possono essere applicati, trattandosi invece di una questione inerente ad una diminuzione o ad una compromissione della consapevolezza del cliente nell'obbligarsi; nel senso, in altri termini, che quest'ultimo, se avesse ricevuto una corretta informazione, non avrebbe stipulato il contratto o comunque lo avrebbe stipulato a condizioni differenti⁴⁸⁴. Ne deriverebbe, anziché una nullità della clausola seguita da una sostituzione automatica della stessa, piuttosto uno spostamento dell'apparato rimediabile verso un risarcimento dei danni, sul modello dell'art. 1440 c.c.; detto contratto, valido seppur non conveniente, verrebbe così rettificato.

Se il tasso e/o il TAEG sono risultati erronei perché non comprensivi dei costi praticati ma taciuti anche nell'informativa, e supponendo che l'interesse da soddisfare sia quello alla conservazione del contratto, sembra poco probabile che una nullità totale possa apparire un rimedio più idoneo rispetto ad una riduzione del costo complessivo al quantum indicato nell'informativa e riportato nel contratto, in particolare tramite il risarcimento della differenza tra il costo sopportato e quello ragionevolmente atteso.⁴⁸⁵

⁴⁸⁴ Come messo in risalto da ABF, Collegio di Napoli, 29 giugno 2011 n. 1335. Vedasi anche ABF, Colelgio di Milano, 18 febbraio 2011, n. 340.

⁴⁸⁵ Vedasi ad esempio **ROPPO V.**, *Il contratto*, cit., in part. 770. Cfr in giurisprudenza Cass. 16 aprile 2012 n. 5965.

Del resto, non pare opportuno parlare di una nullità dell'intero negozio ai sensi dell'art. 1418, comma 1 c.c., a meno di voler respingere il principio di non interferenza tra regole di validità e regole di condotta⁴⁸⁶; in ogni caso, una soluzione caducativa sembra in contrasto con la rigida tipicità di cui al Testo Unico Bancario⁴⁸⁷ e, inoltre, inidonea a tutelare l'interesse del contraente debole alla conservazione del contratto. D'altra parte, visto che la nullità totale è esclusa in caso di mancanza di una di quelle informazioni essenziali stabilite dalla Banca d'Italia sulla base del comma 1 dell'art. 125-bis TUB, non si comprende per quale motivo si dovrebbe avere una nullità nell'ipotesi in cui vi sia un TAEG, sebbene non veritiero.⁴⁸⁸

Per fare un'ulteriore esempio, potrebbe accadere che, sebbene il contratto di finanziamento ottemperi a tutte le prescrizioni informative di legge (ai sensi dell'art. 125-bis, comma 1 TUB), potrebbe succedere che l'eventuale annuncio pubblicitario che lo abbia preceduto non sia stato predisposto secondo i canoni della chiarezza e concisione.

In questo caso, il combinato disposto dei commi 6 e 7 dell'art. 125-bis TUB non sembra poter trovare applicazione, in quanto dette norme si basano sul presupposto che l'obbligo di informazione precontrattuale sia stato correttamente adempiuto.

In particolare, il menzionato comma 6, riferendosi letteralmente al "TAEG pubblicizzato nella documentazione predisposta secondo quanto previsto dall'articolo 124", pone come presupposto della sua stessa applicazione la circostanza che la pubblicità prevista dalla normativa sia stata effettuata nei modi di legge.

Sempre con riferimento a spunti critici forniti dall'art. 125-bis TUB, è opportuno accennare, seppur brevemente, al problema delle restituzioni, sollevato dal comma 9 della norma citata.

⁴⁸⁶ Cfr. Trib. Benevento, 21 ottobre 2005.

⁴⁸⁷ In particolare nell'art. 125-bis, comma 8 TUB.

⁴⁸⁸ **MAUGERI M., PAGLIANTINI S.**, *op. cit.*, in part., 74.

In caso di contratto di credito al consumatore rivelatosi nullo, dunque, il consumatore non può essere tenuto a restituire più delle somme utilizzate e ha facoltà di pagare quanto dovuto a rate, con la stessa periodicità prevista nel contratto o in mancanza in trentasei rate mensili. Poiché la norma citata fa riferimento alle somme utilizzate effettivamente, la dottrina maggioritaria è del parere che se ne debba dedurre l'esclusione dell'obbligo di pagare interessi sulle somme percepite in base a un contratto nullo⁴⁸⁹.

Quando, tuttavia, ci si trovi dinanzi ad un contratto, nullo, differente da quello di credito ai consumatori, ci si deve chiedere quale disciplina valga e se, dunque, il cliente debba restituire la sola somma capitale o anche gli interessi, e, nel secondo caso, se questi inizino a decorrere dalla data ovvero, ex art. 2033, comma 1 c.c., dal giorno della domanda, salva l'ipotesi di *acceptio di mala fide*.

Invero, l'art. 125 bis, comma 9 TUB appare caratterizzato da una natura sanzionatoria, la quale risiede nel fatto che, spogliando l'istituto di credito di un utile che ad esso spetterebbe contrattualmente, al contempo si provoca un arricchimento unilaterale. Detta norma è apparsa ai più come una norma speciale ovvero come una norma eccezionale e dunque insuscettibile di estensione analogica ex art. 14 disp. prel. c.c.

Da quanto detto dovrebbe conseguire che, per i contratti bancari diversi da quelli di credito al consumo e stipulati, ad esempio, informalmente in violazione dell'art. 117, commi 1 e 3 TUB, la nullità non reca alcuna irripetibilità, e quindi prelude alla restituzione integrale degli interessi naturalmente prodotti dal denaro⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ MAUGERI M., PAGLIANTINI S., *op. cit.*, in part., 83; DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina dei contratti di credito dei consumatori e la riforma del t.u. bancario*, cit., in part., 36.

⁴⁹⁰ MAUGERI M., PAGLIANTINI S., *op. cit.*, in part. 85.

Si potrebbe, tuttavia, eccepire che, da una parte, le nullità bancarie sono da considerarsi nullità di protezione e, dall'altra, la previsione di una ripetizione comprensiva degli interessi potrebbe disincentivare il cliente a chiedere la nullità⁴⁹¹.

La menzionata questione inerente la possibilità o meno di ricomprendere gli interessi all'interno dell'obbligazione restitutoria ha raggiunto una portata sempre più ampia, in ragione delle numerose pronunce dell'ABF che sul punto si sono avute, e che hanno delineato, in particolare, una contrapposizione tra il Collegio di Milano – orientato verso l'esclusione della prospettiva di una restituzione comprensiva di interessi e di altri accessori sulle somme dovute⁴⁹² – ed il Collegio di Roma, indirizzato invece a ricomprenderli sulla base della circostanza che il cliente ha comunque utilizzato il denaro ricevuto⁴⁹³.

Il contrasto cui si è fatto riferimento ha condotto alla decisione del Collegio di Coordinamento dell'ABF⁴⁹⁴, il quale si è mostrato incline a considerare esigibili gli interessi – nella misura legale e senza capitalizzazione – considerando questi ultimi quale corrispettivo della convenuta restituzione rateale della somma prestata.

A parere di una parte della dottrina, però⁴⁹⁵, detto argomento si mostrerebbe solido soltanto in apparenza, in quanto non terrebbe conto che ciò che il Collegio indica come ingiustificato arricchimento da parte del cliente a scapito del profitto contrattualmente spettante al professionista è, in realtà, da intendersi come una sanzione incombente sul professionista per aver causato la nullità; questa riflessione si fonda principalmente sulla

⁴⁹¹ **MAUGERI M., PAGLIANTINI S.**, *op. cit.*, in part. 86. Cfr. **SCALISI V.**, Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione, in Riv. dir. civ., 2005, I, 459 ss.; **PAGLIANTINI S.**, *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, in ID., *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, in part. 206 ss.

⁴⁹² V. ABF Collegio di Milano 30 settembre 2011 e 2 marzo 2012 n. 650.

⁴⁹³ V. ABF Collegio di Roma, 27 giugno 2012 n. 2200; 24 settembre 2012 n. 3062.

⁴⁹⁴ ABF, Collegio di coordinamento, 12 ottobre 2012 n. 3257.

⁴⁹⁵ **MAUGERI M., PAGLIANTINI S.**, *op. cit.*, in part. 87ss.

qualificazione della mancanza di forma come mancanza di forma di protezione, inderogabile e disponibile solo per il cliente a norma dell'art. 127 TUB^{496 497 498}.

L'art. 125-bis, comma 9 TUB nell'ambito dei cd. diritti secondi non rappresenta l'unico caso di irripetibilità a favore di uno solo dei contraenti.

Vi è, infatti, la norma di cui all'art. 167 D.lgs. 07.09.2005, n. 209 (cd. Codice delle assicurazioni private), che prevede la nullità del contratto di assicurazione stipulato con un'impresa non autorizzata o cui sia stata vietata l'assunzione di nuovi affari e qualifica detta nullità prescrivendo che essa possa essere fatta valere solo dal contraente o dall'assicurato e che la relativa declaratoria di nullità obblighi alla restituzione dei premi pagati. La norma in parola, peraltro, dichiara in ogni caso irripetibili gli indennizzi e le somme eventualmente corrisposte o dovute dall'impresa agli assicurati ed agli altri aventi diritto a prestazioni assicurative. In altri termini, in una simile evenienza, mentre i premi pagati dall'assicurato sono ripetibili, è espressamente esclusa la restituzione degli indennizzi e delle somme corrisposte a titolo di prestazione assicurativa.

Invero, altra ipotesi di irripetibilità unilaterale si riscontra, a vantaggio del solo cliente consumatore, nell'art. 67-septiesdecies, comma 5 cod. cons.⁴⁹⁹. Questa norma, difatti, rende

⁴⁹⁶ **BRECCIA U.**, *La forma*, in Tr. Roppo, I, Formazione, a cura di Granelli, Milano, 2006, 703 ss.

⁴⁹⁷ In effetti sembra di doversi chiedere se anche dal punto di vista restitutorio si debba perseguire sempre un effetto sfavorevole per il professionista in funzione punitiva, o in altri termini un effetto di massima utilità per il cliente.

⁴⁹⁸ Invero, immaginare che l'adempimento possa avere funzione sanante non ha grande utilità se si considera che nel nostro sistema non è ammessa un'esecuzione che sia idonea a supplire a un difetto di forma. Vedasi **MAUGERI M., PAGLIANTINI S.**, *op. cit.*, in part. 89, **MANTOVANI M.**, *Il sistema delle nullità di protezione e l'esercizio del potere giudiziale nel diritto dei consumatori*, in *Obbl. e contr.*, 2010, 451 ss., **PAGLIANTINI S.**, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2008, in part. 151 ss. e 195 ss.

⁴⁹⁹ **DE VITIIS C.**, *sub art. 67 septiesdecies*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori* a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, 593 ss. e **DELLA VEDOVA I.**, *sub art. 167* in

la nullità rilevabile dal solo consumatore e obbliga le parti alla restituzione di quanto ricevuto. La medesima norma precisa che nei contratti di assicurazione l'impresa è tenuta alla restituzione dei premi pagati ed all'adempimento delle obbligazioni concernenti il periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione, mentre non sono ripetibili gli indennizzi e le somme eventualmente corrisposte dall'impresa agli assicurati e agli altri aventi diritto a prestazioni assicurative, e fa comunque salvo il diritto del consumatore ad agire per ottenere il risarcimento dei danni.

Tuttavia, per parte della dottrina⁵⁰⁰, quantomeno nel caso in cui il cliente abbia fatto un'impugnazione intempestiva e vi sia stata una spontanea esecuzione dell'operazione economica, sarebbe preferibile escludere un credito restitutorio del cliente piuttosto che ammettere una ripetibilità che semplicemente sposti sul professionista il costo dell'operazione. Infatti, non sempre il cliente che lamenta *in executivis* un vizio di forma è vittima di una condotta tendenziosa a parte del professionista, anzi spesso capita che l'azione di nullità si proponga dopo un certo periodo dalla stipula del contratto, periodo durante il quale il cliente ha utilizzato la somma prestata⁵⁰¹.

Commentario breve al diritto dei consumatori a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2010, 1638 ss.

⁵⁰⁰ MAUGERI M., PAGLIANTINI S., op. cit., in part. 99

⁵⁰¹ Almeno in ipotesi di questo tipo, dunque, si andrebbe a concedere al cliente delle utilità, a spese dell'istituto di credito, e non è questo il modo più idoneo ad evidenziare la ratio del rimedio. Per un'approfondita analisi della questione vedasi MAUGERI M., PAGLIANTINI S., op. cit., in part. 98-105.

IV.I) Una cartina tornasole: la sentenza RWE Vertrieb. Il momento dell'informazione

La peculiare importanza della sentenza RWE Vertrieb⁵⁰² dipende dalla sua valenza – si potrebbe dire – di cartina tornasole, in particolare per quanto concerne il momento degli obblighi informativi.

La sentenza è stata pronunciata sul caso riguardante una clausola del contratto per la fornitura di gas, che attribuiva lo ius variandi a favore dell'impresa fornitrice.

Quest'ultima si riservava il diritto di modificare unilateralmente il prezzo della fornitura, senza indicare il motivo, le condizioni o la portata di detta modifica.

Al consumatore, però, erano garantite le informazioni attinenti alla modifica del prezzo, con un preavviso ragionevole onde consentirgli l'eventuale esercizio del diritto di recesso.

Con la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Bundesgerichtshof tedesco si chiedeva alla Corte di Giustizia se una clausola di questo tipo potesse considerarsi abusiva ai sensi della direttiva 93/13/CEE.

La Corte era chiamata a pronunciarsi, dunque, circa il rispetto, da parte della clausola contrattuale standardizzata con cui un'impresa di approvvigionamento si riservava il diritto di modificare le spese della fornitura di gas, dei requisiti di buona fede, equilibrio e trasparenza posti dagli articoli 3 e 5 della direttiva 93/13/CEE, in combinato disposto con l'articolo 3, paragrafo 3, della direttiva 2003/55/CE del Parlamento europeo e del

502

C. Giust. UE, 21 marzo 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*.

Consiglio, del 26 giugno 2003, relativa a norme comuni per il mercato interno del gas naturale e che abroga la direttiva 98/30/CE, – sostituita dalla direttiva 2009/73.

La Corte ha sentenziato che l'assenza di informazioni riguardanti lo ius variandi prima della conclusione del contratto non può ritenersi compensata dal fatto che i consumatori, nel corso dell'esecuzione del contratto, saranno informati con un preavviso ragionevole della modifica delle spese e del diritto di recedere dal contratto ove non accettassero tale modifica.

La Corte ha ritenuto rilevante, anzitutto, accertare se il contratto esponga in modo trasparente il motivo e le modalità di variazione di dette spese, di modo che il consumatore possa prevedere, in base a criteri chiari e comprensibili, le modifiche eventuali di tali spese. In linea di principio, l'assenza di informazioni a tale riguardo prima della conclusione del contratto non può essere compensata dalla mera circostanza che i consumatori, nel corso dell'esecuzione del contratto, saranno informati con un preavviso ragionevole della modifica delle spese e del loro diritto di recedere dal contratto qualora non desiderino accettare detta modifica.

Dunque, la Corte afferma che un simile meccanismo di informazione in corso di esecuzione non appare sufficiente, poiché – anche considerata la condizione di debolezza del consumatore – l'obbligo informativo deve essere funzionale ad un effettivo, e non meramente formale, esercizio del diritto di recesso.

Invero, detto diritto non può essere effettivamente esercitato nell'ipotesi in cui – come nel caso di specie – il consumatore non abbia in concreto la possibilità di cambiare il fornitore.

Anche per questo motivo è necessario, secondo quanto espresso nella predetta sentenza, verificare, tra l'altro, se il mercato rilevante sia concorrenziale, i costi eventuali per il consumatore connessi al recesso dal contratto, il termine tra la comunicazione e l'entrata in vigore delle nuove tariffe, le informazioni fornite al momento di tale comunicazione nonché i costi da sostenere ed i tempi necessari per cambiare fornitore.

Si deve considerare, peraltro, che la direttiva 2003/55/CE – sostituita dalla direttiva 2009/73/CE – impone agli Stati membri, allo scopo di garantire un effettivo accesso ai servizi economici di interesse generale, clausole contrattuali eque e trasparenti.

Inoltre si deve ricordare, ovviamente, la direttiva 93/13/CEE che, come è noto, prescrive all'art. 5 l'obbligo di trasparenza.⁵⁰³

Fermo restando che spetta al giudice nazionale accertare l'eventuale vessatorietà della clausola in questione⁵⁰⁴ – con una valutazione da compiere in funzione di tutte le circostanze peculiari del caso di specie, compreso l'insieme delle clausole contenute nelle condizioni generali dei contratti di consumo di cui fa parte la clausola controversa – la Corte afferma che, a detto fine, dovrà essere valutata la concreta possibilità per il consumatore di prevedere, in base a criteri chiari e comprensibili, le successive eventuali modifiche e di esercitare veramente il diritto di recesso.⁵⁰⁵

Quel che maggiormente colpisce in questa sentenza, che non è che la punta dell'iceberg di una tendenza progressiva, è la valorizzazione della trasparenza tramite l'imposizione di obblighi informativi situati a monte rispetto alla conclusione del contratto.

La pronuncia in parola potrebbe quindi apparire, come anticipato, quale cartina tornasole rispetto al significato attuale da attribuire alla trasparenza, che rimarrebbe, dunque, identificata con l'obbligo di informare il consumatore in un momento antecedente alla conclusione del contratto. Solo in tal modo, difatti, è possibile offrire al soggetto debole del rapporto una tutela effettiva e non meramente formale, rendendogli possibile un'accorta

⁵⁰³ **DELLA NEGRA F.**, *Il diritto del consumatore ed i consumatori nel quadro giuridico europeo. Alcuni spunti di riflessione sui recenti orientamenti della CGUE*, in *Persona e mercato*, 2013, 4, 309 ss., in part. 317 s.

⁵⁰⁴ Così, *ex multis*, C.Giust. CE, 7 maggio 2002, C-478/99, Commissione c. Svezia, Racc. I-4147; C. Giust. CE 1 aprile 2004, C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten*, Racc. I-103403; C.Giust. CE 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon GSM*; C.Giust. UE, 15 marzo 2010, C-453/10, *Perenicova Perenic*.

⁵⁰⁵ C. Giust. UE, 26 aprile 2012, C-472/10, *Invitel*.

valutazione delle condizioni contrattuali anche in rapporto alla propria situazione ed alle proprie esigenze. E' essenziale che detta valutazione sia preventiva, ossia precedente alla stipula, in quanto fatalmente il consumatore presterà meno attenzione alle eventuali informazioni date in corso di rapporto e comunque troverà più problematico esercitare il proprio diritto di recesso.

Tale esito pare confermare la linea portata avanti in merito dal legislatore italiano, che degli obblighi informativi ha sempre dato una collocazione temporale anteriore alla conclusione del contratto.

Basti pensare, ad esempio, all'art. 124 TUB, in tema di contratti di credito ai consumatori, il quale prescrive l'obbligo di dare al consumatore le informazioni necessarie per consentire un confronto delle differenti offerte di credito presenti sul mercato e dunque al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un contratto di credito e stabilisce che esse debbano essere fornite dal finanziatore o dall'intermediario prima che il consumatore sia vincolato da un contratto o da un'offerta di credito.

Analogamente, l'art. 124-bis TUB colloca "prima della conclusione del contratto di credito" l'obbligo per il finanziatore di valutare il merito creditizio del consumatore.

IV.L) Questioni irrisolte in tema di trasparenza

Un tema molto interessante, sul quale attualmente non è ancora intervenuta una pronuncia da parte della Corte di Giustizia, è stato sollevato con riferimento alle clausole sulla variazione unilaterale del tasso di interesse dei contratti di credito.

In data 14 febbraio 2013 il *Tribunal d'Instance de Quimper* ha sollevato infatti, dinanzi alla Corte di Giustizia, una questione pregiudiziale incentrata sulla possibilità di interpretare il diritto nazionale nel senso che esso convalidi le clausole sulla variazione unilaterale del tasso di interesse dei contratti di credito, lasciando alla valutazione del creditore, in assenza di valide ragioni specificate nel contratto, i motivi della variazione del tasso e le modalità del

relativo calcolo, qualora dette clausole siano conformi ad un modello definito mediante regolamento e il creditore abbia rispettato le prescrizioni legislative concernenti l'informazione del debitore in fase di esecuzione del contratto.⁵⁰⁶

Il problema delle clausole di variazione non è nuovo nella giurisprudenza comunitaria, essendo stato affrontato anche, ad esempio, nella menzionata sentenza della Corte di Giustizia del 21 marzo 2013, *RWE Vertrieb AG contro Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, Causa C-92/11. Come ha messo bene in evidenza la pronuncia appena citata, viene in tali ipotesi in gioco un bilanciamento tra gli interessi delle due parti contraenti. Difatti, da una parte troviamo l'interesse del professionista di premunirsi contro una variazione delle circostanze, mentre dall'altra parte troviamo l'interesse del consumatore di conoscere e, quindi, di poter prevedere le conseguenze che un simile cambiamento possa comportare in futuro nei suoi confronti e, altresì, di disporre dei dati che gli consentano di reagire alla sua nuova situazione nel modo più adeguato⁵⁰⁷.

Altro argomento molto interessante, emergente dalla giurisprudenza comunitaria, è rappresentato dalle clausole principali del contratto e dalla loro esclusione dal giudizio di vessatorietà.

Come è noto, l'esclusione – dalla valutazione del carattere vessatorio – delle clausole attinenti alla determinazione dell'oggetto del contratto o all'adeguatezza del corrispettivo di beni e servizi, si fonda sul presupposto, espressamente previsto dall'art. 34, comma 2 cod. cons., che i menzionati elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile.

⁵⁰⁶ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale di Quimper *CA Consumer Finance c. Francine Crouan, nata Weber, Tual Crouan*, causa C-77/2013.

Con ordinanza del presidente della Corte del 6 marzo 2014 è stata disposta la cancellazione dal ruolo di detta causa.

⁵⁰⁷ Vedasi in particolare il punto n. 53 della sentenza in parola.

Emergono dal dibattito contemporaneo le difficoltà di individuare quali clausole possano dirsi appartenenti alle tipologie escluse dal giudizio di vessatorietà.

Nella prassi, difatti, possono ingenerarsi dubbi al riguardo con notevole frequenza, dipendendo anche dalla formulazione delle clausole medesime, oltre che dalle difficoltà concernenti una definizione dell'ambito dell'oggetto del contratto e del corrispettivo.

Interessante a questo proposito, ex multis, la vicenda Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei c. SC Volksbank Romania SA⁵⁰⁸, incentrata sulla questione se le nozioni di oggetto e/o di prezzo di cui all'art. 4, par. 2, della direttiva 93/13/CEE possano essere interpretate nel senso che tali nozioni – nel caso di specie, oggetto e/o prezzo di un contratto di credito garantito da un'ipoteca – comprendono, tra gli elementi che costituiscono la controprestazione dovuta all'istituto di credito, anche il TAEG di tale contratto di credito garantito da un'ipoteca, formato in particolare dal tasso di interesse, fisso o variabile, dalle commissioni bancarie e dalle altre spese incluse e definite nel contratto di credito.

A questo proposito, si deve considerare, da un lato che, sulla base dell'art. 4, par. 2, della direttiva n. 93/13/CEE, la valutazione del carattere abusivo delle clausole non può vertere né sulla definizione dell'oggetto del contratto né sull'adeguatezza tra il prezzo o la remunerazione e i servizi o i beni forniti in cambio, purchè tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile; dall'altro lato, deve considerarsi che, ai sensi dell'art. 2, par. 2 lett. a della dir. n. 2008/48/CE, la definizione – di cui all'art. 3, lett. g della dir. 2008/48/CE – del costo totale del credito per il consumatore, che comprende tutte le commissioni che il consumatore deve pagare in relazione al contratto di credito al consumo, non è applicabile per determinare l'oggetto di un contratto di credito garantito da un'ipoteca.⁵⁰⁹

⁵⁰⁸ *Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei c. SC Volksbank Romania SA*, domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Tribunalul Specializat Cluj* (Romania) il 20 marzo 2013, causa C-143/13.

⁵⁰⁹ Cfr. anche Cassazione civile sez. I 20 settembre 2013 n. 21600 .

E ancora, ci si è chiesti se l'art. 4, par 2 dir. 93/13/CEE debba essere interpretato nel senso che, nel caso di un debito relativo a un prestito espresso in una valuta estera ma in realtà erogato in moneta nazionale e che deve essere rimborsato dal consumatore esclusivamente in moneta nazionale, la clausola contrattuale relativa al tasso di cambio della valuta estera, non negoziata individualmente, possa rientrare nella definizione dell'oggetto del contratto.

In caso negativo, è opportuno chiedersi se il differenziale tra i tassi di cambio all'acquisto e alla vendita costituisca o meno una remunerazione la cui equivalenza con il servizio prestato non possa essere esaminata sotto il profilo del suo carattere abusivo.

Partendo dal presupposto che il giudice nazionale può esaminare, indipendentemente dal diritto nazionale, anche il carattere abusivo delle clausole contrattuali cui si fa riferimento, purchè queste ultime non siano redatte in modo chiaro e comprensibile, la medesima domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunalul Specializat Cluj propone di riflettere sulla possibilità di intendere detto requisito nel senso che le clausole contrattuali devono risultare, di per sé, chiare e comprensibili per il consumatore dal punto di vista grammaticale oppure devono risultare chiari e comprensibili anche i motivi economici dell'utilizzo di una clausola contrattuale ed il suo rapporto con le altre clausole del contratto.

Altra questione, sollevata dal giudice romeno, è se le nozioni di oggetto e/o di prezzo ex art. 4, n. 2 della direttiva 93/13/CEE possano essere interpretate nel senso che una commissione denominata dalle parti "commissione di rischio", contenuta in un contratto di credito garantito da un'ipoteca e calcolata secondo la formula "0,22% applicato al saldo del credito", pagabile mensilmente alle date di scadenza per l'intero periodo di validità del contratto di credito, rientra nell'oggetto e/o nel prezzo del contratto di credito garantito da ipoteca, considerando in particolare che l'art. 2, n. 2 lett. a dir. n. 2008/48/CE afferma che la definizione, di cui all'art. 3, lett. g del medesimo testo, del costo totale del credito per il consumatore, che comprende tutte le commissioni che il consumatore deve pagare in

relazione al contratto di credito al consumo, non è applicabile per determinare l'oggetto di un contratto di credito garantito da un'ipoteca ⁵¹⁰.

Similmente, in altra vicenda si è posto il problema se, in tali nozioni di oggetto e di prezzo, rientri, tra gli elementi che costituiscono la controprestazione dovuta all'istituto di credito, anche il TAEG di un contratto di credito, formato in particolare dal tasso di interesse fisso o variabile, dalle commissioni bancarie e dalle altre spese incluse e definite nel contratto ⁵¹¹.

Ovviamente, la caducazione di una delle clausole in parola crea non pochi problemi.

Prova ne è, ex multis, la domanda con cui il giudice ungherese affronta la questione della possibilità o meno, per il giudice nazionale, di rimuovere, a vantaggio del consumatore, le cause di inefficacia di una clausola abusiva inclusa tra le condizioni generali di un contratto di mutuo con il consumatore, modificando la clausola contrattuale di cui si tratta ed integrando il contratto, qualora, in mancanza, in caso di rimozione di detta clausola il contratto non possa esser eseguito in base alle clausole restanti, e se debba rilevare a questo proposito l'eventuale norma dispositiva del diritto nazionale che, in caso di omissione della clausola inefficace, disciplina, in luogo della stessa, la questione giuridica controversa ⁵¹².

⁵¹⁰ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Tribunal Comercial Cluj* (Romania) il 14 novembre 2011, *SC Volksbank Romania SA c. Andreia Campan e Ioan Dan Campan*, causa C-571/11.

⁵¹¹ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Tribunalul Arges* (Romania) il 4 maggio 2012, *Comisariatul Judetean pentru Protectia Consumatorilor Arges c. SC Volksbank Romania SA, SC Volksbank Romania SA-Sucursala Pitesti, Alin Iulian Matei, Petruta Florentina Matei*, causa C-236/12.

⁵¹² Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla *Kuria* (Ungheria) il 21 gennaio 2013, *Kasler Arpad e Kaslerne Rabai Hajnalka c. OTP Jelzálogbank Zrt.*, causa C-26/13. La domanda predetta richiama, in particolare, l'art 6, par 1 della direttiva citata e il punto n. 73 della sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia nella causa *Banco Espanol de credito*, C-618/10.

IV.M) Le linee evolutive più recenti in tema di trasparenza nella giurisprudenza comunitaria

IV.M).1 Uno sguardo di insieme sul tema

Come già evidenziato nel corso del presente lavoro, la giurisprudenza comunitaria è in continua evoluzione e pare portare con sé, da una parte, il potenziamento progressivo del ruolo attribuito alla trasparenza nel nostro ordinamento ed alla sua specificazione a seconda del tipo di rapporto interessato, e, dall'altra, un ampliamento dell'ambito della disciplina della trasparenza ed una modificazione del concetto stesso di trasparenza.

E' oramai evidente, infatti, come la trasparenza, in particolare in ambito bancario, se inizialmente poteva essere identificata con il corretto adempimento di obblighi informativi, abbia progressivamente visto estendere la propria portata verso nuovi contenuti e, probabilmente, verso una nuova funzione riequilibratrice e correttiva della sproporzione esistente tra le parti del rapporto.

Come si è cercato di evidenziare, in questo processo di espansione gli obblighi in cui si declina la trasparenza hanno finito per ricomprendere anche peculiari obblighi di assistenza o di consulenza del professionista nei confronti del consumatore, delineando, dunque, una tendenza indirizzata verso l'incentivo e la valorizzazione di una più compiuta consapevolezza del cliente, principalmente tramite l'imposizione sull'intermediario di obblighi informativi finalizzati proprio a rendere il consumatore idoneo a compiere scelte consapevoli nel pur complesso campo finanziario.

In questo quadro, tuttavia, pare emergere di tanto in tanto anche un certo paternalismo, che si rende particolarmente evidente quando vengono imposti ai professionisti obblighi di assistenza o di consulenza, e a ben vedere anche quando si tende a potenziare il ruolo della vigilanza.

Il rischio di tutto ciò, come accennato, è che un simile eccesso di protezione produca un risultato opposto a quello perseguito, sfociando invero in una deresponsabilizzazione del consumatore invece che in una presa di coscienza da parte del medesimo.

Le linee di tendenza della giurisprudenza comunitaria in detto ambito, pertanto, sono tutt'altro che semplici da decodificare, racchiudendo in sé una grande quantità di sfumature e di componenti.

Tra di questi, si nota la netta delineazione di un obiettivo di responsabilizzazione dell'attività di impresa, particolarmente marcata nella pronuncia C. Giust. UE, 30 aprile 2014, C-26/13, *Árpad Kásler e Hajnalka Káslerne Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt.*, ma anche in C. Giust. UE, 27 marzo 2014 LCL, *Le Credit Lyonnais SA c. Fesih Kalban*, C-565/12.

Detto obiettivo, del resto, si può spiegare sia sotto il profilo della tutela del consumatore sia alla luce della considerazione che le condotte irresponsabili dei professionisti, producendo situazioni di insolvenza o di sovraindebitamento ostative alla crescita dei consumi, minano in concreto il mercato concorrenziale⁵¹³.

IV.M).2 Il caso *Árpad Kásler e Hajnalka Káslerne Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt*

Appare meritevole di accurato esame il caso *Árpad Kásler e Hajnalka Káslerne Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt*⁵¹⁴, il quale scaturisce dalla domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla *Kúria* ungherese e vertente sull'interpretazione degli artt. 4, paragrafo 2, e 6, paragrafo 1 della direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993.

⁵¹³ **PAGLIANTINI S.**, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in corso di pubblicazione.

⁵¹⁴ C. Giust. UE, 30 aprile 2014, C-26/13, *Árpad Kásler e Hajnalka Káslerne Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt*

Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra due mutuatari ed una banca riguardo al carattere, preteso abusivo, di una clausola contrattuale relativa al corso di cambio applicabile ai rimborsi di un mutuo espresso in valuta estera.

Il 29 maggio 2008 i mutuatari hanno concluso con la Jelzálogbank un contratto denominato "mutuo ipotecario espresso in valuta estera garantito mediante ipoteca"⁵¹⁵.

Conformemente al punto I/1 di tale contratto, la Jelzálogbank ha accordato ai mutuatari un mutuo dell'importo di 14.400.000 fiorini ungheresi (HUF) con la precisazione che *"l'importo in valuta estera del mutuo è stabilito in base al corso di acquisto della valuta applicato dalla banca alla data di erogazione dei fondi"*. Secondo il disposto di tale punto I/1, *"dopo l'erogazione dei fondi, l'importo del mutuo, dei relativi interessi e delle spese di gestione, nonché l'importo degli interessi di mora e delle altre spese saranno fissati in valuta estera"*.

Sulla base del corso di acquisto del franco svizzero (CHF) applicato dalla Jelzálogbank in occasione dell'erogazione dei fondi, l'importo del mutuo è stato fissato a CHF 94.240,84.

I mutuatari erano tenuti a rimborsare tale somma su un periodo di 25 anni, con scadenza di ciascuna rata mensile il quarto giorno di ogni mese.

In forza del punto II del suddetto contratto, a tale mutuo è stato applicato un tasso di interesse nominale del 5,2% il quale, aumentato di spese di gestione dell'ordine del 2,04%, comportava un tasso annuo effettivo globale del 7,43% alla data di conclusione del contratto di prestito.

Ai sensi del punto III/2 di tale contratto, *"il creditore determina l'importo in fiorini ungheresi di ogni rata mensile che deve essere corrisposto in base al corso applicato dalla banca alla vendita della valuta [estera] il giorno precedente la data di esigibilità"*.

⁵¹⁵ L'art. 523 del codice civile ungherese recita come segue: *"1. In forza di un contratto di mutuo, l'istituto di credito o un altro creditore è tenuto a mettere a disposizione del debitore l'importo convenuto; il debitore è tenuto dal canto suo a rimborsare il suddetto importo conformemente al contratto. 2. Se il creditore è un istituto di credito, il debitore deve corrispondere gli interessi salvo disposizione contraria (prestito bancario)"*.

I mutuatari hanno proposto un ricorso avverso la Jelzálogbank, allegando il carattere abusivo della clausola III/2, ed in particolare sostenendo che tale clausola, dal momento che consente alla banca di calcolare le rate mensili di rimborso esigibili in base al corso di vendita della valuta estera applicato dalla Jelzálogbank, mentre l'importo del prestito erogato è fissato da quest'ultima sulla base del corso di acquisto applicato per la stessa divisa, le conferiva un vantaggio unilaterale e ingiustificato ai sensi dell'art. 209 del codice civile ungherese.

Quest'ultima norma, difatti, nella versione applicabile all'atto della conclusione del contratto di prestito in questione nella controversia, disponeva: "*1. Una clausola contrattuale generale, o una clausola contrattuale che non è stata oggetto di negoziato individuale di un contratto stipulato con un consumatore, è abusiva se, in violazione dei requisiti di buona fede e di equità, determina, unilateralmente e senza motivo, i diritti e gli obblighi delle parti derivanti dal contratto, in modo tale da svantaggiare la controparte di colui che impone la clausola contrattuale di cui trattasi(...)* 4. *Le disposizioni relative alle clausole contrattuali abusive non possono essere applicate né alle clausole contrattuali che definiscono l'oggetto principale del contratto né a quelle che determinano l'equilibrio tra prestazione e controprestazione (...)*".

A far data dal 22 maggio 2009, i paragrafi 4 e 5 della disposizione in parola sono stati modificati come segue: "*4. Una clausola contrattuale generale, o una clausola contrattuale che non è stata oggetto di negoziato individuale di un contratto stipulato con un consumatore, è altresì abusiva per il sol fatto di non essere redatta in modo chiaro o comprensibile.* 5. *Le disposizioni relative alle clausole contrattuali abusive non possono essere applicate né alle clausole contrattuali che definiscono l'oggetto principale del contratto né a quelle che determinano l'equilibrio tra prestazione e controprestazione, a condizione che dette clausole siano redatte in modo chiaro e comprensibile*".

Il giudice di primo grado ha accolto il ricorso e detta sentenza è stata successivamente confermata dalla pronuncia resa in appello, la quale ha considerato in particolare che, nel

contesto di un'operazione di mutuo come quella in questione, la banca non metteva a disposizione dei suoi clienti valute estere.

Invero, la Jelzálogbank faceva dipendere l'importo della mensilità, espressa in fiorini ungheresi, dal corso attuale del franco svizzero, ai fini dell'indicizzazione dell'importo dei rimborsi del mutuo erogato in fiorini ungheresi.

La banca, dunque, non avrebbe fornito ai mutuatari alcun servizio finanziario relativo all'acquisto o alla vendita di valute estere, di modo che non avrebbe potuto applicare, ai fini dell'ammortamento del mutuo, un tasso di cambio diverso da quello utilizzato al momento dell'erogazione del medesimo, quale contropartita di una prestazione virtuale di servizio.

Tale sentenza ha, altresì, ritenuto che la clausola III/2 non fosse né chiara né comprensibile, in quanto non permetteva di conoscere che cosa giustificasse la differenza di modalità di calcolo del mutuo a seconda che si trattasse della sua erogazione o del suo ammortamento.

Avverso la sentenza pronunciata in appello la Jelzálogbank ha quindi proposto un ricorso in cassazione, facendo segnatamente valere che la clausola III/2, in quanto le consentiva di percepire un introito rappresentante la controprestazione dovuta per il mutuo in valuta estera di cui fruivano i mutuatari e funzionale a coprire le spese connesse alle operazioni dell'istituto di credito sul mercato per l'acquisto di valute, rientrava nell'ambito di applicazione dell'eccezione prevista dall'art. 209, paragrafo 4 del codice civile ungherese, di modo che non si sarebbe dovuto procedere ad un esame del carattere che si pretendeva abusivo in forza dell'art. 209, paragrafo 1 del suddetto codice.

I mutuatari hanno, invece, sostenuto che siffatto esame fosse necessario, affermando l'impossibilità per la Jelzálogbank di invocare, nei loro confronti, le particolarità del funzionamento delle banche e di porre a loro carico le spese che ne risultano, pervenendo a confondere gli introiti della banca ed il mutuo concesso.

Concludendo il contratto di mutuo, d'altra parte, i mutuatari avrebbero dato il loro accordo per l'erogazione di un importo in valuta nazionale, cioè il fiorino ungherese.

Peraltro, la clausola III/2 non sarebbe chiara.

Il giudice del rinvio ha considerato che sorge, anzitutto, la questione se la nozione di clausola che definisce "*l'oggetto principale del contratto*", ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 2 della direttiva 93/13⁵¹⁶, includa qualsiasi elemento della controprestazione pecuniaria dovuta dal mutuatario, ivi comprese le somme risultanti dalla differenza tra i tassi di cambio applicabili all'atto, rispettivamente, dell'erogazione e del rimborso del mutuo o se soltanto il versamento di un tasso di interesse nominale, oltre alla concessione del credito, rientri nella suddetta nozione.

Se l'interpretazione più restrittiva di tale prima eccezione prevista all'art. 4, paragrafo 2 della direttiva 93/13 dovesse essere accolta, si dovrebbe successivamente esaminare se l'obbligo di pagamento derivante dalla differenza tra i tassi di cambio possa essere considerato riguardare la perequazione tra il servizio e la sua remunerazione o il suo prezzo e quindi far parte della "*remunerazione*", ai sensi dell'art. 4, paragrafo 2 della direttiva 93/13 e della seconda eccezione ivi prevista.

In tale contesto sorgerebbe, altresì, la questione se, nell'ipotesi in cui la remunerazione costituisca la contropartita di un servizio composto di più prestazioni, la seconda eccezione in parola necessiti, ai fini della sua applicazione, l'accertamento del fatto che la remunerazione in questione, nella specie il pagamento dovuto in ragione della differenza tra i tassi di cambio, corrisponda ad una prestazione effettiva direttamente fornita dalla banca al consumatore.

⁵¹⁶ Come è noto, l'art. 4, paragrafo 2 della dir. 93/13 stabilisce che "*la valutazione del carattere abusivo delle clausole non verte né sulla definizione dell'oggetto principale del contratto, né sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e comprensibile*".

Inoltre, quanto all'esigenza secondo cui soltanto le clausole redatte "*in modo chiaro e comprensibile*" possono rientrare nell'art. 4, paragrafo 2 della direttiva 93/13, il giudice del rinvio ritiene che gli spetti interpretare il diritto nazionale conformemente agli obiettivi della stessa direttiva e valutare il carattere abusivo di clausole contrattuali che non soddisfano tale obbligo, quand'anche il suddetto obbligo non fosse ancora stato trasposto nel diritto nazionale al momento della conclusione del contratto di mutuo.

Tuttavia, la portata esatta di siffatto obbligo resterebbe incerta.

Quest'ultima potrebbe, infatti, essere considerata nel senso che qualsiasi clausola contrattuale deve essere comprensibile sui piani linguistico e grammaticale.

Essa potrebbe, però, significare anche che i motivi economici sottostanti all'applicazione di una clausola specifica o all'articolazione della suddetta clausola con altre clausole del contratto devono essere chiari e comprensibili.

Infine, qualora fosse constatato il carattere abusivo della clausola III/2, si porrebbe ancora la questione se il principio derivante dall'art. 6, paragrafo 1 della direttiva 93/13⁵¹⁷ e sancito al punto 73 della sentenza *Banco Español de Crédito*⁵¹⁸ sia applicabile anche quando, come nel procedimento di specie, il contratto di mutuo non può sussistere dopo la rimozione della suddetta clausola. Se ciò dovesse accadere, la *Kúria* si è posta il problema se tale principio osti a che il giudice nazionale modifichi la clausola in questione al fine di eliminarne il carattere abusivo, in particolare sostituendo a quest'ultima una disposizione nazionale di natura suppletiva.

⁵¹⁷ A norma del quale si impone agli Stati membri di prevedere che le clausole abusive, contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista, non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive.

⁵¹⁸ C. Giust. UE, 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*.

Esaminando nel dettaglio le tre rilevanti questioni poste dal giudice ungherese, la prima di esse risulta così formulata: "*1) Se l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13 debba essere interpretato nel senso che, in caso di mutuo espresso in valuta estera, ma erogato in valuta nazionale e che deve essere rimborsato dal consumatore esclusivamente in valuta nazionale, la clausola contrattuale che determina i tassi di cambio, che non è stata oggetto di negoziato individuale, rientri nella nozione di "definizione dell'oggetto principale del contratto"*".

Con la precisazione: "*In caso di risposta negativa, se, sul fondamento della seconda espressione di cui all'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva [93/13], si debba considerare la differenza tra i corsi di acquisto e di vendita [della valuta] come una remunerazione la cui congruità rispetto al servizio non può essere esaminata al fine di valutarne il carattere abusivo. Se, a tal proposito, sia determinante o meno l'effettiva realizzazione di un'operazione di cambio tra l'istituto finanziario ed il consumatore.*"

In altri termini, con la prima questione il giudice del rinvio chiede se l'art. 4, paragrafo 2 della direttiva 93/13 debba essere interpretato nel senso che i termini "*oggetto principale del contratto*" e "*perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro*" si riferiscono ad una clausola, integrata in un contratto di mutuo espresso in una valuta estera tra un professionista ed un consumatore ed il quale non è stato oggetto di una trattativa individuale, in forza della quale il corso di vendita di tale valuta è applicabile ai fini del calcolo dei rimborsi del mutuo.

Secondo una giurisprudenza consolidata, basata principalmente sull'imperativo tanto dell'applicazione uniforme del diritto dell'Unione quanto del principio di uguaglianza, i termini di una disposizione di diritto europeo che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata devono di norma essere oggetto di un'interpretazione autonoma ed uniforme, da

effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e della finalità perseguita dalla normativa di cui trattasi⁵¹⁹.

Ciò si verifica proprio per i termini figuranti all'art. 4, paragrafo 2 della direttiva 93/13, poiché tale disposizione non implica alcun rinvio espresso al diritto degli Stati membri onde determinare il suo senso e la sua portata.

Il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13 è fondato sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista. per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista senza poter incidere sul contenuto delle stesse⁵²⁰.

In considerazione di una siffatta situazione di inferiorità, la direttiva in parola obbliga gli Stati membri a prevedere un meccanismo il quale garantisca che qualsiasi clausola contrattuale che non sia stata oggetto di una trattativa individuale possa essere controllata al fine di valutarne l'eventuale carattere abusivo. In tale contesto spetta al giudice nazionale stabilire, tenendo conto dei criteri enunciati agli artt. 3, paragrafo 1 e 5 della direttiva 93/13 se, date le circostanze del caso di specie, una siffatta clausola soddisfi i requisiti di buona fede, equilibrio e trasparenza posti da tale direttiva⁵²¹.

Tuttavia, l'art. 4, paragrafo 2 della direttiva 93/13, letto in combinato disposto con l'art. 8 di quest'ultima, permette agli Stati membri di prevedere, nella legislazione di trasposizione della stessa direttiva, che la valutazione del carattere abusivo non verta sulle clausole contemplate in questa disposizione, purché tali clausole siano formulate in modo chiaro e

⁵¹⁹ Vedasi, in particolare, C. Giust. UE, 19 dicembre 2013, C-279/12, *Fish Legal, Emily Shirley c. The Information Commissioner, United Utilities Water plc, Yorkshire Water Services Ltd, Southern Water Services Ltd*, punto 42.

⁵²⁰ Segnatamente, C. Giust. UE, 3 giugno 2010, C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, punto 27.

⁵²¹ In questo senso, C. Giust. UE, 26 aprile 2012, C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. Invitel Távközlési Zrt.*, punto 22, e C. Giust. UE, 21 marzo 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, punti da 42 a 48.

comprensibile. Deriva pertanto dalla suddetta disposizione che le clausole da essa prese in considerazione esulano da una valutazione del loro eventuale carattere abusivo, pur rientrando nel settore disciplinato dalla direttiva⁵²².

Dunque, poiché l'art. 4, paragrafo 2 della direttiva 93/13 sancisce un'eccezione al meccanismo di controllo nel merito delle clausole abusive quale previsto nell'ambito del sistema di tutela dei consumatori attuato da tale direttiva, occorre dare un'interpretazione restrittiva alla disposizione in parola.

Quest'ultima concerne, in primo luogo, le clausole vertenti sull'"oggetto principale del contratto". Nel procedimento principale il giudice del rinvio solleva l'interrogativo se la clausola III/2, in quanto prevede che il corso di vendita di una valuta estera si applica ai fini del calcolo dei rimborsi di un mutuo espresso in siffatta valuta, rientri nell'"oggetto principale del contratto" di mutuo, ai sensi della medesima disposizione.

In proposito, se è vero che spetta unicamente al giudice del rinvio pronunciarsi sulla qualificazione della suddetta clausola in funzione delle circostanze proprie del caso di specie, ciò non toglie che la Corte sia competente a desumere dalle disposizioni della direttiva 93/13, nella specie quelle dell'art. 4, paragrafo 2, i criteri che il giudice nazionale può o deve applicare in sede di esame di una clausola contrattuale⁵²³.

Ad avviso della Corte, l'art. 4, paragrafo 2 della direttiva è diretto unicamente a stabilire le modalità e la portata del controllo sostanziale delle clausole contrattuali, che non siano state oggetto di trattativa individuale, le quali descrivono le prestazioni essenziali dei contratti stipulati tra un professionista ed un consumatore⁵²⁴.

⁵²² In questo senso, C. Giust. UE, 3 giugno 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, cit., punti 31, 35 e 40.

⁵²³ C. Giust. UE, 21 marzo 2013, *RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, cit., punto 48.

⁵²⁴ C. Giust. UE, 3 giugno 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, cit., punto 34.

Invero, la circostanza che una clausola sia stata negoziata dalle parti contraenti nell'ambito della loro autonomia contrattuale e delle condizioni del mercato non può costituire un criterio che permette di valutare se tale clausola rientri nell'"*oggetto principale del contratto*", ai sensi dell'art. 4, paragrafo 2 della direttiva 93/13.

Infatti, come risulta dall'art. 3, paragrafo 1 della suddetta direttiva e dal dodicesimo considerando di quest'ultima, le clausole che sono state oggetto di negoziato individuale non rientrano in linea di principio nell'ambito di applicazione della direttiva in parola. Pertanto la questione della loro eventuale esclusione dall'ambito di applicazione del suddetto art. 4, paragrafo 2 non può essere posta.

Invece, tenuto conto anche del carattere derogatorio dell'articolo da ultimo citato e dell'obbligo di interpretazione restrittiva che ne deriva, le clausole contrattuali rientranti nella nozione di "*oggetto principale del contratto*" ai sensi di tale disposizione devono intendersi come quelle che fissano le prestazioni essenziali dello stesso contratto e che, come tali, lo caratterizzano.

Per contro, le clausole che rivestono un carattere accessorio rispetto a quelle che definiscono l'essenza stessa del rapporto contrattuale non possono rientrare nella nozione di "*oggetto principale del contratto*" ai sensi dell'art. 4, paragrafo 2 della direttiva 93/13.

Spetta al giudice del rinvio valutare, dunque, dati la natura, l'economia generale e le stipulazioni del contratto di mutuo, nonché il suo contesto giuridico e fattuale, se la clausola che determina il tasso di cambio delle rate mensili costituisca un elemento essenziale della prestazione del debitore consistente nel rimborso dell'importo messo a disposizione dal creditore.

L'art. 4, paragrafo 2 della direttiva 93/13 riguarda, in secondo luogo, le clausole vertenti sulla "*perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro*" e, ai sensi del diciannovesimo considerando della direttiva in

parola, le clausole che *"illustrano (...) il rapporto qualità/prezzo della fornitura o della prestazione"*⁵²⁵.

Nel procedimento principale il giudice del rinvio solleva la questione se la clausola III/2, in quanto prevede che il corso di vendita di una valuta estera si applica ai fini del calcolo dei rimborsi di un mutuo, mentre, in forza di altre clausole del contratto di mutuo, l'importo del mutuo erogato è convertito in valuta nazionale sulla base del corso di acquisto della valuta estera, implichi un obbligo pecuniario per il consumatore, cioè quello di pagare, nell'ambito dei rimborsi del mutuo, gli importi derivanti dalla differenza tra il corso di vendita ed il corso di acquisto della valuta estera, qualificabile come *"remunerazione"* del servizio fornito, la cui congruità non può essere oggetto di una valutazione del suo carattere abusivo in forza dell'art. 4, paragrafo 2 della direttiva 93/13.

In proposito, dalla lettera della norma appena menzionata emerge che tale seconda categoria di clausole, relativamente alle quali non si può procedere ad alcuna valutazione del carattere eventualmente abusivo, ha una portata ridotta, dato che l'esclusione in parola verte solo sulla congruità tra il prezzo o la remunerazione previsti ed i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio.

Del resto, l'esclusione di un controllo delle clausole contrattuali circa il rapporto qualità/prezzo di una fornitura o di una prestazione si può spiegare con il fatto che non esiste nessun tariffario o criterio giuridico che possa inquadrare ed orientare un controllo siffatto⁵²⁶.

⁵²⁵ A norma del 19° considerando della direttiva in parola: *"considerando che, ai fini della presente direttiva, la valutazione del carattere abusivo non deve vertere su clausole che illustrano l'oggetto principale del contratto o il rapporto qualità/prezzo della fornitura o della prestazione; che, nella valutazione del carattere abusivo di altre clausole, si può comunque tener conto dell'oggetto principale del contratto e del rapporto qualità/prezzo"*.

⁵²⁶ Come rileva in sostanza l'avvocato generale Wahl al paragrafo 69 delle sue conclusioni sul caso di specie.

In tale contesto, la Corte ha già dichiarato che la suddetta esclusione non può applicarsi ad una clausola che verte su un meccanismo di modifica delle spese dei servizi da prestare al consumatore⁵²⁷.

Relativamente al caso di specie si deve, inoltre, precisare che l'esclusione della valutazione del carattere abusivo di una clausola, essendo limitata alla congruità tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, non può essere applicata qualora venga in questione un'asimmetria tra il corso di vendita della valuta estera, che deve essere utilizzata in applicazione della clausola stessa per il calcolo dei rimborsi, ed il corso di acquisto di tale valuta, da utilizzare in applicazione di altre clausole del contratto di prestito per il calcolo dell'importo del mutuo erogato.

Del resto, un'esclusione siffatta non può essere applicata a clausole che, come la clausola III/2, si limitano a determinare, in vista del calcolo dei rimborsi, il corso di conversione della valuta estera in cui è redatto il contratto di mutuo, senza però che alcun servizio di cambio fosse fornito dal mutuante in occasione del suddetto calcolo e non implicano pertanto alcuna "*remunerazione*" la cui congruità, quale contropartita di una prestazione effettuata dal medesimo, non può essere oggetto di una valutazione del suo carattere abusivo a norma dell'art. 4, paragrafo 2 della direttiva 93/13.

Dato quanto precede, la Corte risolve la prima questione dichiarando che l'art. 4, paragrafo 2 della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che: i termini "*oggetto principale del contratto*" comprendono una clausola, integrata in un contratto di mutuo espresso in una valuta estera, concluso tra un professionista ed un consumatore e che non è stato oggetto di una trattativa individuale, come quella di cui al procedimento principale, a norma della quale il corso di vendita di tale valuta si applica ai fini del calcolo dei rimborsi del mutuo, purché si constati da parte del giudice del rinvio alla luce della natura, dell'economia

⁵²⁷ C. Giust. UE, 26 aprile 2012, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v Invitel Távközlési Zrt.*, cit., punto 23.

generale e delle stipulazioni del contratto nonché del suo contesto giuridico e fattuale, che la suddetta clausola fissa una prestazione essenziale del contratto stesso che, come tale, lo caratterizza; una clausola del genere, in quanto implica un obbligo pecuniario per il consumatore di pagare, nell'ambito dei rimborsi del mutuo, importi derivanti dalla differenza tra il corso di vendita ed il corso di acquisto della valuta estera, non può essere considerata nel senso che implica una "remunerazione" la cui congruità, in quanto corrispettivo di una prestazione effettuata dal mutuante, non può essere oggetto di una valutazione del suo carattere abusivo a norma del citato art. 4, paragrafo 2.

La seconda questione risulta così articolata: “2) *Qualora l'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13 debba essere interpretato nel senso che il giudice nazionale può, indipendentemente dalle disposizioni di diritto nazionale, esaminare anche il carattere abusivo di tali clausole contrattuali, nell'ipotesi in cui queste ultime non siano chiare e comprensibili, se quest'ultimo obbligo debba essere inteso nel senso che impone che la clausola in questione sia di per sé stessa chiara e comprensibile per il consumatore dal punto di vista grammaticale oppure se imponga inoltre che debbano essere chiare e comprensibili per questo stesso consumatore le ragioni economiche sottese all'applicazione della clausola contrattuale nonché il rapporto della suddetta clausola con altre clausole del contratto*”.

Con la seconda questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se detta norma debba essere interpretata nel senso che l'obbligo di redigere una clausola contrattuale in maniera chiara e comprensibile debba intendersi imporre non soltanto che la clausola in questione sia grammaticalmente chiara e comprensibile, ma anche che le ragioni economiche sottostanti all'applicazione della clausola contrattuale, nonché il rapporto della suddetta clausola con altre clausole del contratto, siano chiare e comprensibili per il medesimo consumatore.

Qualora il giudice del rinvio dovesse considerare che, data la soluzione fornita alla prima questione, la clausola III/2 rientri nell'"oggetto principale del contratto", ai sensi della medesima

disposizione, la clausola in parola sarebbe, tuttavia, sottratta alla valutazione del suo carattere abusivo solo se redatta in maniera chiara e comprensibile.

Infatti, al fine di garantire concretamente gli obiettivi di tutela dei consumatori perseguiti dalla direttiva, qualsiasi trasposizione del suddetto art. 4, paragrafo 2, deve essere formulata in modo che il divieto di valutare il carattere abusivo delle clausole verta unicamente su quelle formulate in modo chiaro e comprensibile⁵²⁸.

Però, l'art. 209, paragrafo 4 del codice civile ungherese, disposizione diretta a trasporre l'art. 4, paragrafo 2 della direttiva 93/13, non conteneva tale obbligo di redazione chiara e comprensibile.

Occorre ricordare al riguardo che un giudice nazionale cui venga sottoposta una controversia intercorrente esclusivamente tra privati deve, quando applica le norme del diritto interno, prendere in considerazione l'insieme delle norme del diritto nazionale ed interpretarle, per quanto possibile, alla luce del testo e della finalità del diritto europeo, così da giungere ad una soluzione conforme all'obiettivo perseguito da quest'ultimo⁵²⁹. In proposito, la Corte ha precisato che tale obbligo per il giudice nazionale di fare riferimento al contenuto di una direttiva nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme pertinenti del diritto interno trova un limite nei principi generali del diritto e non può servire a fondare un'interpretazione *contra legem* del diritto nazionale⁵³⁰. Qualora, tenuto conto del suddetto principio di interpretazione conforme così delimitato, il giudice del rinvio dovesse considerare che la disposizione nazionale diretta a trasporre l'art. 4, paragrafo 2 può essere compresa nel senso che include l'obbligo di redazione chiara e comprensibile, si porrebbe in seguito la questione della portata di un obbligo siffatto.

⁵²⁸ C. Giust. UE, 3 giugno 2010, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, cit., punto 39.

⁵²⁹ C. Giust. UE, 27 febbraio 2014, C-351/12, *Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. (OSA) c. Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.*, punto 44.

⁵³⁰ C. Giust. UE, 27 febbraio 2014, *OSA*, cit., punto 45.

Si deve constatare, al riguardo, che questo stesso obbligo figura all'art. 5 della direttiva 93/13, a norma del quale le clausole contrattuali scritte devono essere sempre redatte in modo chiaro e comprensibile.

Il ventesimo considerando della direttiva 93/13 precisa, in proposito, che il consumatore deve avere la possibilità effettiva di prendere conoscenza di tutte le clausole del contratto.

Ne consegue che siffatto obbligo di redazione chiara e comprensibile si applica comunque, ivi compreso quando una clausola rientra nell'art. 4, paragrafo 2 ed esula, quindi, dalla valutazione del suo carattere abusivo di cui all'art. 3, paragrafo 1 della stessa direttiva; ne deriva, inoltre, che l'obbligo in parola, quale figura all'art. 4, paragrafo 2 della direttiva 93/13, ha la stessa portata di quello previsto all'art. 5 seguente.

Invero, quanto al suddetto art. 5, la Corte ha già dichiarato che le informazioni, prima della conclusione di un contratto, in merito alle condizioni contrattuali ed alle conseguenze di detta conclusione, sono, per un consumatore, di fondamentale importanza. È segnatamente in base a tali informazioni che quest'ultimo decide se desidera vincolarsi alle condizioni preventivamente redatte dal professionista⁵³¹

L'obbligo di trasparenza delle clausole contrattuali posto dalla direttiva 93/13 non può, quindi, essere limitato unicamente al carattere comprensibile sui piani formale e grammaticale di queste ultime.

Al contrario, poiché il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13 poggia sull'idea che il consumatore versi in una situazione di inferiorità nei confronti del professionista per quanto concerne, in particolare, il livello di informazione, siffatto obbligo di trasparenza deve essere inteso in maniera estensiva.

Per quanto riguarda una clausola contrattuale come la clausola III/2, la quale consente al professionista di calcolare il livello dei rimborsi mensili dovuti dal consumatore in funzione

⁵³¹ C. Giust. UE, 21 marzo 2013, *RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, cit., punto 44.

del corso di vendita della valuta estera applicato dal professionista medesimo e che, dunque, ha per effetto che le spese del servizio finanziario sono aumentate a carico del consumatore apparentemente senza limite massimo, risulta dagli artt. 3⁵³² e 5⁵³³ nonché dai punti 1, lettere j) e l), e 2, lettere b) e d), dell'allegato⁵³⁴ di tale direttiva che, ai fini del rispetto dell'obbligo di trasparenza, è di rilevanza essenziale il punto se il contratto esponga in modo trasparente il motivo e le modalità del meccanismo di conversione della valuta estera nonché il rapporto fra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole relative

⁵³² Ai sensi dell'art. 3 della suddetta direttiva: *“1. Una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto[...]* 3. *L'allegato contiene un elenco indicativo e non esauriente di clausole che possono essere dichiarate abusive”*.

⁵³³ L'art. 5 della direttiva di cui trattasi dispone: *“Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono essere sempre redatte in modo chiaro e comprensibile”*.

⁵³⁴ L'allegato della direttiva 93/13, relativo alle clausole di cui all'art. 3, paragrafo 3 di quest'ultima, contiene, al punto 1, un elenco non esauriente di clausole che possono essere dichiarate abusive. In tale punto 1, alla lettera j), figurano le clausole che hanno per oggetto o per effetto di *“autorizzare il professionista a modificare unilateralmente le condizioni del contratto senza valido motivo specificato nel contratto stesso”*. Al suddetto punto 1, lettera l), figurano quelle che hanno per oggetto o per effetto di *“permettere (...) al fornitore di servizi di aumentare il [loro] prezzo, senza che (...) il consumatore abbia il diritto corrispondente di recedere dal contratto se il prezzo finale è troppo elevato rispetto al prezzo concordato al momento della conclusione del contratto”*.

Il punto 2 di detto allegato è relativo alla portata delle lettere g), j) e l). Tale punto 2, lettera b), indica segnatamente che *“la lettera j) non si oppone a clausole con cui il fornitore di servizi finanziari si riserva il diritto di modificare senza preavviso, qualora vi sia un valido motivo, il tasso di interesse di un prestito o di un credito da lui concesso o l'importo di tutti gli altri oneri relativi a servizi finanziari, a condizione che sia fatto obbligo al professionista di informare l'altra o le altre parti contraenti con la massima rapidità e che queste ultime siano libere di recedere immediatamente dal contratto”*. Il suddetto punto 2, lettera d), afferma che *“la lettera l) non si oppone alle clausole di indicizzazione dei prezzi, se permessa dalla legge, a condizione che le modalità di variazione vi siano esplicitamente descritte”*.

all'erogazione del mutuo di modo che il consumatore possa prevedere, in base a criteri chiari e comprensibili, le conseguenze economiche che gliene derivano⁵³⁵.

Circa le modalità del meccanismo di conversione della valuta estera come specificate dalla clausola III/2, spetta al giudice del rinvio stabilire se, considerato l'insieme dei pertinenti elementi di fatto, tra cui la pubblicità e l'informazione fornite dal mutuante nell'ambito della negoziazione di un contratto di mutuo, un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento ed avvertito, potesse non soltanto conoscere l'esistenza della differenza, generalmente osservata sul mercato dei valori mobiliari, tra il corso di vendita ed il corso di acquisto di una valuta estera, ma anche valutare le conseguenze economiche, potenzialmente significative, dell'applicazione del corso di vendita ai fini del calcolo dei rimborsi di cui in definitiva sarebbe stato debitore e, pertanto, il costo totale del suo mutuo.

Alla luce di quanto precede, la seconda questione è stata risolta dichiarando che l'art. 4, paragrafo 2 della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che, quanto ad una clausola contrattuale come quella di cui al procedimento principale, è necessario intendere il requisito secondo cui una clausola contrattuale deve essere redatta in modo chiaro e comprensibile nel senso di imporre non soltanto che la clausola in questione sia intelligibile per il consumatore su un piano grammaticale, ma anche che il contratto esponga in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo di conversione della valuta estera al quale si riferisce la clausola in parola nonché il rapporto fra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole relative all'erogazione del mutuo, di modo che il consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di criteri precisi ed intelligibili, le conseguenze economiche che gliene derivano.

⁵³⁵ Vedasi C. Giust. UE, 21 marzo 2013, *RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, punto 49.

Quanto alla terza questione il giudice del rinvio chiede se l'art. 6, paragrafo 1 della direttiva 93/13 ed il punto 73 della sentenza *Banco Español de Crédito* debbano essere interpretati nel senso che il giudice nazionale non può neppure sanare l'invalidità, nei confronti del consumatore, di una disposizione abusiva di una clausola contrattuale generale utilizzata in un contratto di mutuo concluso con un consumatore, modificando o integrando la clausola contrattuale in questione, qualora il contratto non possa sussistere sulla base delle altre clausole contrattuali dopo la rimozione della clausola abusiva (come nel caso che ci interessa) e se, a tal proposito, rilevi la circostanza che il diritto nazionale contiene una disposizione di natura suppletiva che disciplina la questione giuridica in discussione in assenza della stipulazione invalida.

Come è noto, il richiamato art. 6, paragrafo 1 della direttiva 93/13 impone agli Stati membri di prevedere che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive.

Inoltre, la giurisprudenza ha stabilito che l'art. 6, paragrafo 1 menzionato debba essere interpretato nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro che consente al giudice nazionale, qualora accerti la nullità di una clausola abusiva in un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore, di integrare detto contratto rivedendo il contenuto di tale clausola⁵³⁶.

Detta soluzione si fonda da una parte sul tenore letterale del paragrafo 1 di detto art. 6, da cui emerge che i giudici nazionali sono tenuti unicamente ad escludere l'applicazione di una clausola contrattuale abusiva affinché essa non produca effetti vincolanti nei confronti del consumatore, senza essere autorizzati a rivedere il contenuto della medesima, e dall'altra

⁵³⁶ C. Giust. UE, 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*, punto 73.

parte sugli obiettivi e sull'economia generale della direttiva 93/13. Quest'ultima direttiva, difatti, nel suo complesso, data la natura e l'importanza dell'interesse pubblico sul quale si basa la tutela assicurata ai consumatori, che si trovano in una situazione d'inferiorità rispetto ai professionisti, impone agli Stati membri, come risulta dal suo art. 7, paragrafo 1⁵³⁷, in combinato disposto con il ventiquattresimo considerando⁵³⁸, di fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori⁵³⁹.

In tale contesto, se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive inserite in simili contratti, una tale facoltà potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine di cui all'art. 7 della direttiva 93/13.

Infatti, detta facoltà contribuirebbe ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive⁵⁴⁰, dal momento che essi rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale, in modo tale, almeno potenzialmente, da garantire l'interesse di detti professionisti.

⁵³⁷ Si riporta l'art. 7, paragrafo 1 della direttiva 93/13: "*Gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori?*".

⁵³⁸ Per il 24° considerando le autorità giudiziarie e gli organi amministrativi degli Stati membri devono disporre dei mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione delle clausole abusive contenute nei contratti stipulati con i consumatori.

⁵³⁹ C. Giust. UE, 14 giugno 2012, *Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*, punto 68.

⁵⁴⁰ In tal senso, C. Giust. UE, 27 febbraio 2014, C-470/12, *Pohotovost' s. r. o. c. Miroslav Vašuta*, punto 41.

Ne consegue che una facoltà siffatta, se fosse riconosciuta al giudice nazionale, non potrebbe garantire, di per sé, una tutela del consumatore efficace quanto quella risultante dalla non applicazione delle clausole abusive.⁵⁴¹

Ne deriva ulteriormente che l'art. 6, paragrafo 1 della direttiva 93/13 non può essere interpretato nel senso che consente al giudice nazionale, nel caso in cui accerti l'esistenza di una clausola abusiva inserita in un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore, di rivedere il contenuto di detta clausola invece di escluderne semplicemente l'applicazione nei confronti di quest'ultimo.

Invero, nella sentenza *Árpád Kásler e Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt*, si afferma che, se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive inserite in simili contratti, tale facoltà contribuirebbe ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive, dal momento che essi rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale, in modo tale, quindi, da garantire, almeno potenzialmente, l'interesse di detti professionisti⁵⁴².

Non se ne fa derivare, tuttavia, che, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, l'art. 6, paragrafo 1 osterebbe a che il giudice nazionale, in applicazione di

⁵⁴¹ Peraltro, tale facoltà non potrebbe nemmeno desumersi dall'art. 8 della direttiva 93/13, che lascia agli Stati membri la possibilità di adottare o mantenere, nel settore disciplinato da tale direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il diritto dell'Unione, purché sia garantito un livello di protezione più elevato per il consumatore (vedasi C. Giust. UE, 3 giugno 2010, *Caja de Aborros y Monte de Piedad de Madrid*, C-484/08, punti 28 e 29, nonché C. Giust. UE, 15 marzo 2012, C-453/2010, *Jana Pereničová, Vladislav Perenič c. SOS financ. spol. s r. o*, punto 34).

⁵⁴² C. Giust. UE, 14 giugno 2012, *Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*, punto 69.

principi del diritto dei contratti, rimuova la clausola abusiva sostituendole una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva.

Al contrario, il fatto di sostituire ad una clausola abusiva una disposizione siffatta nella quale, come risulta dal tredicesimo considerando della direttiva 93/13, si ritiene che non siano inserite clausole abusive, poichè sfocia in un risultato tale che il contratto può sussistere malgrado la rimozione della clausola III/2 e continua ad essere coercitivo per le parti, è pienamente giustificato data la finalità della direttiva in parola.

Infatti, la sostituzione ad una clausola abusiva di una disposizione nazionale di natura suppletiva è conforme all'obiettivo dell'art. 6, paragrafo 1 della direttiva 93/13 dato che, secondo la giurisprudenza, tale disposizione tende a sostituire all'equilibrio formale, che il contratto determina tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra queste ultime e non a caducare qualsiasi contratto contenente clausole abusive⁵⁴³.

Se, invece, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, non fosse consentito sostituire ad una clausola abusiva una disposizione di natura suppletiva, obbligando il giudice ad invalidare il contratto nel suo insieme, il consumatore potrebbe essere esposto a conseguenze particolarmente dannose e quindi il carattere dissuasivo risultante dalla caducazione del contratto rischierebbe di essere compromesso.

Un "annullamento" del genere, difatti, ha come conseguenza, in via di principio, di rendere immediatamente esigibile l'importo del residuo prestito dovuto in proporzioni che potrebbero eccedere le capacità finanziarie del consumatore e, pertanto, tende a penalizzare

⁵⁴³ C. Giust. UE, 15 marzo 2012, *Jana Pereničová, Vladislav Perenič c. SOS financ. spol. s r. o.*, cit., punto 31, nonché C. Giust. UE, 14 giugno 2012, *Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*, punto 40.

quest'ultimo piuttosto che il mutuante, il quale non sarebbe di conseguenza dissuaso dall'inserire siffatte clausole nei contratti da esso proposti.⁵⁴⁴

Pertanto, viene risolta la terza questione dichiarando che l'art. 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che, in una situazione come quella di specie, ove un contratto concluso tra un professionista ed un consumatore non può sussistere dopo la rimozione di una clausola abusiva, tale disposizione non osta ad una regola di diritto nazionale che permette al giudice nazionale di ovviare alla nullità della suddetta clausola sostituendo a quest'ultima una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva.

IV.M).3 La sentenza Kasler e il problema della sorte del contratto privato della clausola abusiva

⁵⁴⁴ L'art. 231 del codice civile ungherese dispone quanto segue: *“1.Salvo disposizione contraria, i debiti pecuniari devono essere pagati nella divisa avente corso legale nel luogo dell'esecuzione. 2.I debiti determinati in un'altra divisa o in oro sono convertiti in base al corso facente fede nel luogo e alla data del pagamento”*.

Ai sensi dell'art. 237 del suddetto codice: *“1.In caso di contratto invalido, occorre ripristinare la situazione preesistente alla conclusione del suddetto contratto. 2.Se non è possibile ripristinare la situazione preesistente alla conclusione del contratto, il giudice può dichiarare il contratto applicabile fino alla sua pronuncia. Un contratto invalido può essere dichiarato valido se è possibile rimuovere la causa di invalidità, in particolare in caso di sproporzione tra le prestazioni delle parti in un contratto usurario mediante l'eliminazione del vantaggio sproporzionato. In tali casi si deve ordinare la restituzione della prestazione che resta dovuta, all'occorrenza, senza controprestazione”*.

L'art. 239 del codice civile ungherese, inoltre, prevede che: *“1.In caso di parziale invalidità di un contratto, il contratto è interamente viziato solo se non può essere eseguito senza la parte invalida. Disposizioni di legge possono derogare alla presente disposizione. 2.In caso di parziale invalidità di un contratto stipulato con un consumatore, il contratto è interamente viziato solo se non può essere eseguito in mancanza della parte invalida”*.

Ai sensi dell'articolo 239/A, paragrafo 1 del codice in parola: *“La parte può chiedere al giudice di accertare l'invalidità del contratto o di talune clausole del contratto (invalidità parziale), anche qualora non chieda altresì l'applicazione delle conseguenze connesse alla suddetta invalidità”*.

Tra le altre cose, dunque, la recente sentenza in esame interviene nuovamente sull'interpretazione dell'art. 6, paragrafo 1 della direttiva 93/13, prendendo posizione sulla sorte del contratto depurato della clausola abusiva.⁵⁴⁵

I problemi degli effetti della caducazione della clausola abusiva sono, invero, assai delicati, e prendono le mosse dalla riflessione su cosa significhi la conservazione per il resto del contratto e su come, obliterata la clausola abusiva, debba essere regolata la materia che il patto nullo intendeva disciplinare.

La questione è ancor più delicata quando – come nella vicenda oggetto della sentenza *Kásler* – la clausola abusiva rappresenti un elemento essenziale del contratto, il quale, privato di essa, non potrebbe conservarsi per ragioni di struttura, a meno di ricorrere a strumenti che consentano di colmare la lacuna.

Del resto, la stessa direttiva 93/13 precisa, nella parte finale dell'art. 6, che il contratto, obliterata la clausola abusiva, resta vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive.

Tra le soluzioni prospettabili in simili eventualità, si può ipotizzare anzitutto il caso in cui la clausola abusiva deroghi ad una disciplina dispositiva di portata generale che regola una certa materia. Qui la caducazione della clausola comporta che la regola legale, compresa dalla pattuizione negoziale, automaticamente si riespanda.⁵⁴⁶

Anche la Corte di Giustizia, peraltro, nella sentenza *Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito c. Jabani BV*, del 30 maggio 2013, causa C- 488/11, ha avuto modo, con riferimento ad un contratto di locazione contemplante una clausola penale reputata

⁵⁴⁵ **D'ADDA A.**, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*, in *www.dimt.it*.

⁵⁴⁶ Pertanto, dall'accertamento dell'invalidità della clausola abusiva che regola una penale eccessiva discende l'applicazione dell'ordinario regime della responsabilità per inadempimento; similmente accade ove venga reputata vessatoria una clausola di esonero o di limitazione della responsabilità.

eccessiva, di accedere all'esito descritto: se l'art. 6 impone la pura disapplicazione della clausola, ne consegue che, in casi come quelli in parola, operano le regole ordinarie della responsabilità contrattuale.

Ma parte della dottrina⁵⁴⁷ ha fatto notare che, talora, le caratteristiche strutturali della clausola abusiva caducata portano a prospettare ulteriori soluzioni, sol che si pensi alla nullità della clausola relativa ad interessi reputati abusivi in ragione del loro ammontare eccessivo. In casi del genere, diversi sarebbero gli effetti della nullità parziale prospettabili; si potrebbe ipotizzare che la caducazione della clausola comporti l'applicazione della disciplina dispositiva, e quindi l'applicazione degli interessi legali oppure che, caduto il patto, nulla sia dovuto a titolo di interessi o ancora che il giudice sia autorizzato a rideterminare, nei limiti di una congruità non abusiva, gli interessi.

Su tali alternative la Corte di Giustizia, con la menzionata sentenza del 14 giugno 2012 *Banco español de crédito/Calderón Camino*, ha avuto modo di esprimersi, nel senso che l'art. 6, paragrafo 1 della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro⁵⁴⁸ che consente al giudice nazionale, qualora accerti la nullità di una clausola abusiva in un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore, di integrare detto contratto rivedendo il contenuto di tale clausola. Ciò sulla base della considerazione che una simile soluzione non disincentiverebbe il professionista – che al massimo vedrebbe ricondotto il contratto entro limiti non abusivi – dall'imporre pattuizioni vessatorie.⁵⁴⁹

⁵⁴⁷ **D'ADDA A.**, *op. cit.*

⁵⁴⁸ In particolare, l'art. 83 del decreto legislativo reale n. 1/2007, recante approvazione del testo consolidato della legge generale sulla tutela dei consumatori e degli utenti e delle altre leggi complementari (*Real Decreto Legislativo 1/2007 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*), del 16 novembre 2007.

⁵⁴⁹ La pronuncia *Banco español de crédito* va oltre. Difatti, essa non solo, come C. Giust. UE, 30 marzo 2013, C-488/2011, *Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito c. Jahani*

Una siffatta soluzione non persuade la parte della dottrina⁵⁵⁰ orientata verso l'applicazione della disciplina dispositiva abusivamente derogata, che in particolare fa notare come si tratterebbe, in questi casi, di una soluzione sanzionatoria per il professionista che va ben oltre la tecnica di obliterazione dell'abuso cui pare ispirata la disciplina della direttiva 93/13, e che per essere legittima dovrebbe essere fondata su previsioni legislative specifiche ed ulteriori rispetto a quelle che impongono la caducazione parziale con conservazione del contratto secondo i medesimi termini.

Come sopra anticipato, la sentenza *Kásler c. OTP Jelzálogbank Zrt* si è interrogata su di un'ulteriore applicazione dell'integrazione del contratto depurato dalla clausola abusiva, in un caso in cui la caducazione della clausola potrebbe determinare la nullità totale del contratto, travolto dalla perdita di un proprio elemento essenziale.

Se a venire meno è una pattuizione essenziale, sotto il punto di vista degli effetti della caducazione l'alternativa è tra nullità dell'intero contratto ed integrazione – che questa

BV, afferma che il diritto comunitario precluderebbe la riduzione giudiziale del patto abusivo; essa sostiene, inoltre, che non sarebbe coerente con la direttiva 93/13 neppure l'applicazione della disciplina dispositiva, ove esistano soluzioni ancora più favorevoli per il consumatore. In buona sostanza, la direttiva, nel prevedere *tout court* la caducazione del patto, imporrebbe non l'applicazione della disciplina dispositiva derogata (gli interessi legali), ma, piuttosto, che nessun interesse sia dovuto (**D'ADDA A.**, *op. cit.*).

⁵⁵⁰ **D'ADDA A.**, *Giurisprudenza comunitaria e massimo effetto utile per il consumatore: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *I contratti*, 2013, 16 ss.

Vedasi anche **ALESSI R.**, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brusse*, in *www.juscivile.it*, 2013; **PAGLIANTINI S.**, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, 192 ss.; **D'AMICO G.**, *L'integrazione cogente del contratto mediante diritto dispositivo*, in *D'Amico – Pagliantini (a cura di), Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013, 230 ss.

volta non è l'effetto dell'automatica riespansione della disciplina derogata – mediante misure che consentano di colmare la lacuna lasciata dalla caducazione⁵⁵¹.

Tuttavia, resta da capire se una tecnica integrativa di questo tipo sia prospettabile in assenza di discipline legali che la legittimino espressamente o se, invece, sia più coerente con la salvaguardia dell'autonomia privata la nullità totale del contratto.

La sentenza *Kásler*, come si è detto poc'anzi, perviene ad affermare che, ove un contratto concluso tra un professionista ed un consumatore non può sussistere dopo la rimozione di una clausola abusiva, non si debbano ricavare, dall'art. 6, paragrafo 1 della direttiva, ostacoli a che il giudice nazionale possa ovviare alla nullità della suddetta clausola sostituendo a quest'ultima una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva.⁵⁵²

Così facendo, detta sentenza porta avanti il percorso evolutivo della giurisprudenza comunitaria sul tema, andando oltre l'arresto della *Banco español de crédito c. Calderón Camino* ed integrando le conclusioni della sentenza *Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito c. Jabani BV*^{553 554 555}.

⁵⁵¹ **D'ADDA A.**, *Nullità parziale del contratto e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 272 s.

⁵⁵² Invero, l'inciso finale dell'art. 6 della direttiva 93/13, che subordina la salvezza del contratto alla circostanza che esso possa sussistere senza le clausole abusive, potrebbe indurre a concludere nel senso della caducazione dell'intero contratto.

⁵⁵³ C. Giust. UE, 30 maggio 2013, *Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito c. Jabani BV*, cit.

⁵⁵⁴ Parte della dottrina, con riferimento a quelle ipotesi di invalidità di protezione in cui il fine del legislatore è la conservazione del contratto per il resto, rileva come sarebbe preferibile una facoltà del giudice di applicare la disciplina legale dispositiva al fine di colmare la lacuna lasciata dalla caducazione del patto rispetto alla perdita dell'intero contratto, dal momento che la *ratio* delle previsioni di nullità ed i caratteri della regola dispositiva, lungi dallo stravolgere il contratto, delineano l'ordinario assetto di interessi che, in assenza di deroghe, vincola le parti di una determinata operazione. Così, la correzione dispositiva non rischierebbe di assumere caratteri di imprevedibilità per le parti e di portare allo snaturamento delle scelte dell'autonomia privata, come invece succede per altre

IV.M).4 Le tendenze efficientistiche nella recente giurisprudenza comunitaria

A ben vedere, sempre riflettendo sulle molteplici sfaccettature che la trasparenza va assumendo attraverso la più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, è possibile notare che la sentenza *Kasler* si inserisce⁵⁵⁶ in un più ampio *trend* manifestato a livello della Corte comunitaria ed improntato al perseguimento dell'efficienza, nonché⁵⁵⁷ caratterizzato da un *favor* verso il mercato, fondato sulla considerazione che il consumatore è un attore a razionalità cognitiva limitata e, dunque, che è il professionista che va onerato di una severa responsabilità.

Quando nella pronuncia *Kásler Árpád*⁵⁵⁸ viene sentenziato che non è chiara la clausola sull'asimmetria dei tassi di cambio se non sono stati prima resi comprensibili i "motivi

modalità correttive, ad esempio quelle integralmente demandate alla discrezionalità giudiziale (D'ADDA A., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 261 ss.; ID., *Regole dispositive in funzione «conformativa» ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in Bellavista – Plaia (a cura di), *Le invalidità del diritto privato*, Milano, 2011, 385 s.

⁵⁵⁵ Si è fatto notare che, per quanto la pronuncia *Kásler* meriti adesione, il quadro complessivo delineato dalla Corte di Giustizia negli ultimi anni sul tema degli effetti della caducazione parziale convince solo in parte, in quanto sarebbe stato preferibile assicurare in ogni caso soluzioni che, da un lato, salvaguardino la *ratio* di tutela sottesa alla direttiva 93/13 disincentivando pattuizioni abusive ma, al contempo, assicurino soluzioni equilibrate e fondate sul piano pratico e coerenti tra di esse sul piano logico sistematico (D'ADDA A., *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*, cit.).

⁵⁵⁶ PAGLIANTINI S., *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in corso di pubblicazione.

⁵⁵⁷ Vedasi, *inter alios*, TROCKER N., *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2010, 361 ss., in part. 387.

⁵⁵⁸ C. Giust. UE, 30 aprile 2014, *Árpád Kásler e Hajnalka Káslerné Rábai c. OTP Jelzálogbank Zrt.*, cit.

economici sottostanti all'applicazione [di un siffatto congegno]", è a questa responsabilizzazione del professionista che si vuole evidentemente alludere.

In caso contrario, non si riuscirebbe a comprendere per quale ragione la trasparenza di una clausola venga fatta coincidere con il far conoscere al consumatore la giustificazione economica delle diverse modalità di quantificazione del mutuo a seconda che si tratti della sua erogazione o del suo ammortamento⁵⁵⁹.

Si tratta, pertanto, di un obbligo di trasparenza da intendersi in maniera estensiva proprio in quanto la responsabilizzazione informativa del professionista è finalisticamente orientata ad un consumo efficiente. Del resto, altrimenti, non avrebbe senso la previsione dell'art. 5 della dir. 1993/13/CEE, visto che la trasparenza è preclusiva del controllo contenutistico⁵⁶⁰.

Questa impostazione non è molto diversa da quella dell'ordinanza resa dalla Corte di Giustizia nella vicenda *Katalin Sebestyén c. Zsolt Csaba Kővári, OTP Bank, OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt, Raiffeisen Bank Zrt*⁵⁶¹. Vi si legge, infatti, che la circostanza che il consumatore abbia ricevuto delle informazioni formalmente trasparenti al momento della stipula – nel caso di specie, un'informativa sulle differenze procedurali e di costo tra il procedimento giurisdizionale e quello arbitrale – non impedisce che si attivi il giudizio di abusività se risulta che la clausola sulla competenza esclusiva di una Corte arbitrale, pur sottoscritta, collocherà il consumatore in una condizione giuridica comparativamente peggiore di quella spettantegli sulla base del diritto comune.

⁵⁵⁹ Nel caso *de quo* un'indicizzazione dell'obbligazione restitutoria commisurata al corso di vendita della valuta estera quando la concessione sia per converso parametrata sul corso di acquisto.

⁵⁶⁰ Lo ricorda **RIZZO V.**, *La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici*, in AA. VV., *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2013, in part. 57.

⁵⁶¹ C. Giust. UE, 3 aprile 2014, C-342/13, *Katalin Sebestyén c. Zsolt Csaba Kővári, OTP Bank, OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt, Raiffeisen Bank Zrt*.

Anche in questo caso emerge, dunque, il motivo ricorrente dell'efficienza; difatti, privare il consumatore del suo diritto all'azione non incentiva certo la stipula di mutui ipotecari e, di conseguenza, non incentiva neppure la costruzione di un sistema creditizio efficiente, che è una delle basi di un'economia di mercato aperta⁵⁶².

Nella citata vicenda *Katalin Sebestyén c. Zsolt Csaba Kővári, OTP Bank, OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt, Raiffeisen Bank Zrt*, la domanda di pronuncia pregiudiziale, vertente sull'interpretazione dell'art. 3, paragrafo 1 della direttiva 93/13/CEE, è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la sig.ra Sebestyén, da una parte, e la Zsolt Csaba Kővári, la OTP Bank, la OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt e la Raiffeisen Bank Zrt, dall'altra, riguardo alla domanda della prima, diretta a far constatare la nullità delle clausole compromissorie contenute in un contratto concluso con la Raiffeisen Bank Zrt ai fini della concessione di un mutuo ipotecario.⁵⁶³

⁵⁶² Così le Conclusioni dell'avvocato generale Wahl, nella causa C-482/12, *Peter Macinský ed Eva Macinská c. Getfin s.r.o. Financreal s.r.o.*, § 60.

⁵⁶³ L'art. 209 della legge n. IV del 1959, che istituisce il codice civile, nella versione applicabile nel procedimento principale, recita come segue: "1. Una clausola contrattuale generale, o una clausola di un contratto stipulato con un consumatore che non siano state oggetto di negoziato individuale, è abusiva se determina, unilateralmente e senza motivo, ed in violazione dei requisiti di buona fede e di equità, i diritti e gli obblighi delle parti a svantaggio del promittente. 2. Per valutare il carattere abusivo di una clausola, occorre esaminare tutte le circostanze esistenti al momento della stipulazione del contratto che hanno indotto le parti a concluderlo, da una parte, nonché la natura dei servizi previsti ed i rapporti tra la clausola controversa con altre clausole del contratto o con altri contratti, dall'altra. 3. Disposizioni speciali possono designare le clausole dei contratti stipulati con i consumatori ritenute abusive o da considerare tali sino a prova contraria. 4. Le disposizioni relative alle clausole contrattuali abusive non sono applicabili agli accordi contrattuali che definiscono la prestazione principale né a quelli che determinano il rapporto proporzionale tra la prestazione ed il corrispettivo. 5. Una clausola contrattuale non può considerarsi abusiva qualora sia imposta da o in virtù di una disposizione legislativa o regolamentare".

La legge n. LXXI del 1994 sull'arbitrato, prevede all'art. 3, paragrafo 1, che le controversie potranno essere risolte con un procedimento arbitrale in luogo di un

In particolare, il 15 ottobre 2008 la sig.ra Sebestyén ha concluso con la Raiffeisen Bank Zrt un contratto di mutuo ipotecario nonché una convenzione ipotecaria, atti nei quali le parti hanno convenuto che, qualora fosse sorta tra le medesime una controversia vertente sul suddetto contratto o sulla suddetta convenzione, sarebbe stato competente, salvo talune espresse eccezioni, un collegio di tre arbitri del Tribunale arbitrale permanente dei mercati finanziari e dei capitali⁵⁶⁴.

Prima della firma del contratto di mutuo ipotecario e della convenzione ipotecaria, la banca ha fornito alla sig.ra Sebestyén informazioni concernenti le differenze tra le norme processuali applicabili, rispettivamente, ai tribunali arbitrali ed ai tribunali ordinari, e segnatamente ha richiamato l'attenzione della cliente sul fatto che il procedimento arbitrale consta di un solo grado di giudizio e che non si possono proporre appelli, e le ha segnalato che le spese connesse all'avvio ed al proseguimento di un procedimento arbitrale superano quelle del procedimento ordinario.

procedimento giurisdizionale qualora: “*a) almeno una delle parti sia una persona che esercita professionalmente un'attività commerciale e la controversia attenga a tali attività, b) le parti possano liberamente disporre dell'oggetto del procedimento, c) abbiano previsto il procedimento arbitrale in una clausola compromissoria*”.

In forza dell'art. 54 della medesima legge, non può essere interposto appello avverso un lodo arbitrale ed un giudice può essere adito con una domanda di annullamento di un lodo solo per i motivi stabiliti all'art. 55 di tale legge.

Il decreto governativo n. 18/1999, relativo alle clausole dei contratti stipulati con i consumatori considerate abusive, prevede, all'art. 1, paragrafo 1, che si ritenga abusiva qualsiasi clausola di un contratto di mutuo stipulato con un consumatore che: i) escluda o limiti i mezzi a disposizione del consumatore per far valere i suoi diritti, previsti dalla legge o convenuti tra le parti, salvo se essa sostituisca al tempo stesso questi ultimi con altre modalità di soluzione delle controversie fissate dalla legge.

⁵⁶⁴ Le parti hanno previsto nei suddetti atti anche la competenza esclusiva del Tribunale centrale distrettuale di Pest-Centre o della Corte di Budapest, a seconda del *quantum* della controversia, per i procedimenti di ingiunzione di pagamento e per l'eventuale procedimento ordinario che avesse luogo in caso di opposizione del debitore.

La sig.ra Sebestyén ha chiesto, tuttavia, di dichiarare la nullità delle relative clausole compromissorie, ritenendo che quest'ultime avessero da un lato conferito alla banca una posizione di vantaggio e, dall'altro, ingiustificatamente limitato il suo diritto di comparire in giudizio.

Il tribunale (Szombathelyi Törvényszék) ha deciso, dunque, di sottoporre alla Corte due questioni pregiudiziali.

In primo luogo, il giudice chiede se possa considerarsi abusiva, in rapporto all'art. 3, paragrafo 1 della direttiva 93/13/CEE, una clausola contrattuale in forza della quale la competenza a conoscere di qualsiasi controversia sorta nell'ambito di un contratto di mutuo concluso tra un consumatore ed una banca è esclusivamente conferita ad un collegio arbitrale.

In secondo luogo, si chiede alla Corte di stabilire se una clausola contrattuale, in forza della quale la competenza a conoscere di qualsiasi controversia sorta nell'ambito di un contratto di mutuo concluso tra un consumatore ed una banca è esclusivamente conferita ad un collegio di tre arbitri, con le riserve previste dal suddetto contratto, debba considerarsi abusiva in rapporto all'articolo appena citato nonostante il fatto che il suddetto contratto contenga informazioni generali sulle differenze esistenti tra il procedimento arbitrale ed il procedimento giurisdizionale ordinario.

Preliminarmente, si deve ricordare che, nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13/CEE, rientrano soltanto le clausole del contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore che non siano state oggetto di negoziato individuale e che, ai sensi dell'art. 3, paragrafo 2 della medesima direttiva, si deve considerare che una clausola non è stata oggetto di negoziato individuale quando è stata redatta preventivamente e il consumatore non ha, di conseguenza, potuto esercitare alcuna influenza sul suo contenuto, in particolare nell'ambito di un contratto di adesione.

Tenendo presente che, secondo una giurisprudenza consolidata, la competenza della Corte in materia verte sull'interpretazione della nozione di clausola abusiva, di cui all'art. 3, paragrafo 1 della direttiva e all'allegato della medesima, nonché sui criteri che il giudice nazionale può o deve applicare in sede di esame di una clausola contrattuale con riguardo alle disposizioni della direttiva, fermo restando che spetta al suddetto giudice pronunciarsi, in base ai criteri sopra citati, sulla qualificazione concreta di una specifica clausola contrattuale in funzione delle circostanze proprie del caso di specie⁵⁶⁵, la Corte in detta sentenza ha osservato che, riferendosi alle nozioni di buona fede e di significativo squilibrio a danno del consumatore tra i diritti e gli obblighi delle parti derivanti dal contratto, l'art. 3, paragrafo 1 definisce solo in modo astratto gli elementi che conferiscono carattere abusivo ad una clausola contrattuale non negoziata individualmente.

A tale proposito, come è noto, per appurare se una clausola determini un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto, occorre tener conto, in particolare, delle disposizioni applicabili nel diritto nazionale in mancanza di un accordo tra le parti in tal senso; da una simile analisi comparatistica il giudice nazionale potrà evincere se, ed eventualmente in che misura, il contratto collochi il consumatore in una situazione giuridica meno favorevole rispetto a quella prevista dal vigente diritto nazionale⁵⁶⁶.

Al fine di chiarire quali siano le circostanze in cui un tale squilibrio sia creato malgrado il requisito della buona fede, infatti, il giudice nazionale deve verificare se il professionista, qualora avesse trattato in modo leale ed equo con il consumatore, avrebbe potuto

⁵⁶⁵ C. Giust. UE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Mohamed Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, punto 66.

⁵⁶⁶ Inoltre, nella medesima ottica, risulta opportuno procedere a vagliare la situazione giuridica in cui versa il citato consumatore alla luce dei mezzi che la disciplina nazionale mette a sua disposizione per far cessare il ricorso a clausole abusive (vedasi C. Giust. UE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Mohamed Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, cit., punto 68).

ragionevolmente aspettarsi che quest'ultimo aderisse ad una siffatta clausola nell'ambito di un negoziato individuale⁵⁶⁷.

Inoltre, il carattere abusivo di una clausola deve essere valutato tenendo conto della natura dei beni o servizi oggetto del contratto e facendo riferimento a tutte le circostanze che accompagnano la conclusione dello stesso. Ne discende che, in detto contesto, devono altresì essere valutate le conseguenze che la suddetta clausola può avere nell'ambito del diritto applicabile al contratto, il che implica un esame del sistema giuridico nazionale⁵⁶⁸.

Proprio alla luce dei suddetti criteri, spetta al giudice nazionale valutare il carattere abusivo della clausola compromissoria in questione nel procedimento principale.

Si deve sottolineare in proposito che nell'allegato della direttiva 93/13, cui rinvia l'art. 3, paragrafo 3 di quest'ultima direttiva, nell'elenco indicativo e non esaustivo di clausole che possono essere dichiarate abusive, al punto 1, lettera q) figurano proprio le clausole aventi per oggetto o per effetto di sopprimere o ostacolare l'esercizio di azioni giudiziarie o mezzi di ricorso da parte del consumatore, in particolare obbligando quest'ultimo ad adire esclusivamente un giudice arbitrale non rientrante in disposizioni legali. Detto elemento, pur non idoneo ad attribuire automaticamente e di per sé il carattere abusivo ad una clausola controversa, costituisce un punto essenziale sul quale il giudice competente può fondare la sua valutazione⁵⁶⁹.

Per quanto concerne la circostanza che il consumatore abbia ricevuto, prima della conclusione del contratto, informazioni generali sulle differenze esistenti tra il procedimento arbitrale e il procedimento giurisdizionale, la Corte ha già dichiarato,

⁵⁶⁷ C. Giust. UE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Mohamed Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, cit., punto 69.

⁵⁶⁸ C. Giust. UE, 1 aprile 2004, C-237/2002, *Freiburger Kommunalbauten GmbH Baugesellschaft & Co. KG c. Ludger Hofstetter and Ulrike Hofstetter*, punto 21, e C. Giust. UE, 27 febbraio 2014, *Pobotovost' s. r. o. c. Miroslav Vašuta*, punto 59.

⁵⁶⁹ C. Giust. UE, 26 aprile 2012, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v Invitel Távközlési Zrt.*, cit., punto 26.

peraltro, che le informazioni, precedenti alla conclusione di un contratto, in merito alle condizioni contrattuali e alle conseguenze di detta conclusione sono, per un consumatore, di fondamentale importanza, in quanto è sulla base di esse che quest'ultimo decide se desidera vincolarsi alle condizioni preventivamente redatte dal professionista⁵⁷⁰.

Invero, pur ammettendo che le informazioni generali ricevute dal consumatore prima della conclusione di un contratto soddisfino le esigenze di chiarezza e di trasparenza derivanti dalla direttiva, siffatta circostanza non può, da sola, permettere di escludere il carattere abusivo di una clausola come quella in questione nel procedimento principale.

Tenuto conto di tutte le precedenti considerazioni, la Corte ha, difatti, concluso che l'art. 3, paragrafi 1 e 3 della direttiva 93/13/CEE, nonché il punto 1, lettera q) dell'allegato di tale direttiva devono essere interpretati nel senso che spetta al giudice nazionale interessato appurare se la clausola, contenuta in un contratto di mutuo ipotecario concluso tra una banca ed un consumatore, la quale attribuisce ad un tribunale arbitrale permanente, le cui decisioni non sono impugnabili, la competenza a conoscere di qualsiasi controversia sorta nell'ambito di tale contratto, debba, in rapporto all'insieme delle circostanze che accompagnano la conclusione del suddetto contratto, essere considerata abusiva ai sensi delle suddette disposizioni.

Nell'ambito di tale valutazione il giudice nazionale deve, in particolare: a) verificare se la clausola in questione abbia per oggetto o per effetto di sopprimere o di ostacolare l'esercizio di azioni giudiziarie o di mezzi di ricorso da parte del consumatore; b) tenere conto del fatto che la comunicazione al consumatore, prima della conclusione del contratto, di informazioni generali sulle differenze esistenti tra il procedimento arbitrale ed il procedimento giurisdizionale ordinario non può, da sola, permettere di escludere il carattere abusivo di tale clausola.

⁵⁷⁰ C. Giust. UE, 16 gennaio 2014, C-226/2012, *Constructora Principado SA c. José Ignacio Menéndez Álvarez*, punto 25.

Prima di tentare una visione d'insieme del complesso recente panorama giurisprudenziale comunitario, sia consentito procedere all'analisi di un'altra pronuncia della Corte di Giustizia datata 27 marzo 2014, *LCL Le Crédit Lyonnais SA c. Fesih Kalhan*, causa 565/12⁵⁷¹, sull'interpretazione degli artt. 8 e 23 dir. 2008/48/CE, ove il professionista, se ha mancato all'obbligo precontrattuale di verifica del merito creditizio, decade tanto dagli interessi convenzionali quanto da quelli legali perché, se potesse legittimamente esigere i secondi, la sanzione per l'inadempimento di un obbligo di legge non sarebbe sufficientemente dissuasiva, e dunque viene delineato l'abbozzo di una responsabilizzazione dell'attività d'impresa espressa seguendo coordinate che vedono il professionista irresponsabile soccombere ogni qualvolta il lucro deducibile dalla propria colpa non sia notevolmente inferiore al profitto "*di cui avrebbe potuto beneficiare se avesse ottemperato al suo obbligo di verifica della solvibilità del debitore*".

⁵⁷¹ Vedasi C. Giust. UE, 27 marzo 2014, C-565/2012, *LCL Le Crédit Lyonnais SA c. Fesih Kalhan*. La questione pregiudiziale verteva sulla legittimità dell'art. L. 311-48, comma 2° e 3° c. consomm. che, per il caso di mancata verifica della solvibilità del debitore, contempla la decadenza dal diritto agli interessi, totalmente o in una misura fissata dal giudice, con un debitore obbligato soltanto alla restituzione della somma capitale ovvero, per l'ipotesi di una decadenza parziale, anche degli interessi superstiti. Il riferimento è, tuttavia, agli interessi corrispettivi: per quelli legali infatti, già dovuti in forza della previsione generale di cui all'art. 1153 c.c. per il caso di condanna all'adempimento, la previsione dell'art. L. 313-3 cod. mon. et financ. contempla la variabile di un tasso di interesse legale maggiorato di cinque punti, allorché sia spirato inutilmente il termine di due mesi decorrenti dal giorno in cui la sentenza di condanna sia divenuta esecutiva. Si tratta di una maggiorazione che la giurisprudenza in linea di massima interpreta come di pieno diritto, nel senso quindi di un *surplus* dovuto automaticamente, nonostante la legge autorizzi il giudice, su domanda di parte ed in considerazione della situazione patrimoniale del debitore, ad escluderla ovvero a rivederne l'importo. Può sorgere, allora, il dubbio – rilevato dalla Corte di Giustizia – che la sanzione francese, posta a presidio dell'art. 8 della direttiva, per il fatto di assicurare un beneficio al creditore, non fosse né efficace né dissuasiva.

D'altra parte, se sta infatti nel massimizzare il consumo individuale il valore assunto a fattore guida di tutta la legislazione odierna sul *welfare consumerism*, muovendo evidentemente dalla premessa che sia la somma dei consumi individuali massimizzati a produrre benessere, l'omissione negligente del professionista, che causi danno al consumatore va efficacemente repressa, soprattutto perché nociva al mercato.

Non si è davanti, dunque, ad un problema di gravità dell'inadempimento o del tipo di abuso nel quale sia incorso il professionista, ma alla considerazione che i consumi, all'interno di un mercato efficiente, crescono solo se i consumatori possono fare affidamento sui propri diritti⁵⁷².

Invero, le condotte avventate o irresponsabili dei professionisti, producendo situazioni di insolvenza o di sovraindebitamento, ostative alla crescita dei consumi, mettono in pericolo l'attuazione del mercato concorrenziale da cui dovrebbe dipendere la realizzazione del benessere collettivo.

D'altronde, l'allocazione del rischio sul professionista e la selezione, quale effettivo, del rimedio che meglio si presta a contrastare pratiche dannose per il mercato sono due aspetti complementari⁵⁷³.

In un simile contesto, tuttavia, la giustizia contrattuale e la prospettiva di una maggiore equità del sinallagma, quando vengono raggiunte, non sono affatto un obiettivo, quanto

⁵⁷² Vedasi Cass., 3 aprile 2013, n. 8167. In quest'ottica, per fare un esempio, sembra difficile considerare tollerabili, alla luce del principio generale di effettività del diritto comunitario e degli artt. 22 e 23 dir. 2008/48/CE, pratiche contemplanti la facoltà per il professionista di fornire la prova del pieno adempimento dei propri obblighi precontrattuali e contrattuali per il tramite di clausole tipo, inserite nei contratti di credito, con cui il consumatore certifichi l'esecuzione dei suddetti obblighi, senza presentare al giudice i documenti da esso emanati e consegnati al debitore. Vedasi C. Giust. UE, C-564/12 *BNP Paribas Personal Finance SA, Facet SA c. Guillaume Delmatti*, causa pendente.

⁵⁷³ Come emerge, peraltro, dal modo in cui la Corte ha coniugato, in C. Giust. UE, 26 aprile 2012, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v Invitel Távközlési Zrt.*, gli artt. 6 e 7, §§ 1 della dir. 1993/13/CEE.

piuttosto un effetto secondario e mediato di un congegno mirato all'efficienza dello scambio.^{574 575}

Nella *LCL Le Crédit Lyonnais SA c. Fesih Kalhan*, la domanda di pronuncia pregiudiziale verteva sull'interpretazione degli artt. 8 e 23 della direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la direttiva 87/102/CEE del Consiglio.

Tale domanda è stata presentata dal tribunal d'instance d'Orléans con decisione del 30 novembre 2012, pervenuta in cancelleria il 6 dicembre 2012, nell'ambito di una controversia tra la LCL Le Crédit Lyonnais SA e il sig. Kalhan in merito a una domanda di pagamento di somme ancora dovute su un prestito personale che tale società aveva concesso a quest'ultimo e che egli non aveva rimborsato.

In particolare, in data 4 maggio 2011, il sig. Kalhan aveva stipulato con la LCL un contratto relativo ad un prestito personale di un importo pari a € 38.000 rimborsabile in 60 rate di € 730,46, con un tasso debitore annuo fisso del 5,60% e un tasso annuo effettivo globale (TAEG) del 5,918%.

Poiché dal 12 gennaio 2012 il suddetto prestito non era stato più rimborsato, la LCL aveva fatto valere dinanzi al tribunal d'instance d'Orléans l'esigibilità immediata delle somme prestate.

Il 18 ottobre 2012, la LCL ha citato il sig. Kalhan dinanzi al giudice del rinvio, segnatamente affinché venisse condannato al pagamento della somma di € 37.611,23, con

⁵⁷⁴ Vedasi, invece, **LIPARI N.**, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in Riv. trim. dir. proc. civ. , 2008, fasc. 1, 1 ss., in part. 19.

⁵⁷⁵ Il principio di effettività consente alla Corte di plasmare il tipo di tutela da accordare da parte dei giudici di qualsiasi Stato membro ai diritti di fonte comunitaria, e conseguentemente di implementare l'effetto utile del diritto comunitario (cfr. **TROCKER N.**, *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, cit., in part. 386).

interessi al tasso annuo di 5,918% a decorrere dal 17 aprile 2012, e affinché venisse ordinata la capitalizzazione annuale degli interessi.

Il suddetto giudice ha rilevato d'ufficio il motivo attinente all'eventuale decadenza dal diritto agli interessi⁵⁷⁶, di cui all'articolo L. 311-48, secondo comma, del *code de la consommation*⁵⁷⁷, nei confronti del creditore per mancata consultazione del registro nazionale previsto dall'articolo L. 333-4 del medesimo codice, nell'ambito della verifica della solvibilità del debitore, quale imposta dall'articolo L. 311-9.

La LCL ha riconosciuto, invero, di non essere in grado di dimostrare di avere proceduto ad una siffatta consultazione prima della conclusione del contratto di prestito.

Il giudice del rinvio ha evidenziato che la sanzione della decadenza dal diritto agli interessi, di cui al citato art. L.311-48, secondo comma, è stata interpretata dalla Cour de Cassation nel senso che essa riguarda unicamente gli interessi convenzionali, con la conseguenza che

⁵⁷⁶ Secondo l'art. L. 311-48, comma 2: *“Qualora il creditore sia venuto meno agli obblighi fissati dagli articoli L. 311-8 e L. 311-9, egli decade dal diritto agli interessi, totalmente o nella proporzione determinata dal giudice”*.

Il medesimo articolo al terzo comma recita: *“Il debitore è tenuto unicamente al rimborso del capitale secondo le scadenze previste, nonché, eventualmente, al pagamento degli interessi dai quali il creditore non è decaduto. Le somme riscosse a titolo di interessi, produttive di interessi al tasso legale a decorrere dal giorno del loro versamento, sono restituite dal creditore o imputate al capitale ancora dovuto”*.

L'art. L. 311-9 del suddetto codice, inoltre, così dispone: *“Prima della conclusione del contratto di credito, il creditore verifica la solvibilità del debitore sulla base di un numero sufficiente di informazioni, comprese informazioni fornite da quest'ultimo su richiesta del creditore. Il creditore consulta il registro di cui all'articolo L. 333-4, nelle condizioni previste dal decreto menzionato all'articolo L. 333-5”*.

Il 26 ottobre 2010 è stato emanato il decreto ministeriale relativo al registro nazionale dei cattivi pagatori, previsto dall'art. L. 333-5 del codice del consumo, il quale prescrive le modalità sulla cui base i creditori devono conservare le prove della consultazione del registro nazionale per produrle in caso di controversia o di revisione contabile.

⁵⁷⁷ La legge n. 2010-737, del 1 luglio 2010, recante riforma del credito al consumo e volta a recepire la direttiva 2008/48 nel diritto francese, è stata integrata negli artt. L. 311-1 e ss. del codice del consumo.

gli interessi al tasso legale rimangono tuttavia dovuti in forza dell'articolo 1153 del codice civile francese.⁵⁷⁸

A norma dell'articolo L. 313-3 del codice monetario e finanziario⁵⁷⁹, tale tasso legale è maggiorato di cinque punti qualora il debitore non abbia saldato integralmente il suo debito entro un termine di due mesi dal momento in cui la decisione giudiziaria ha acquisito forza esecutiva.

Il giudice del rinvio indica inoltre che, secondo la giurisprudenza della Cour de Cassation, gli interessi al tasso legale nonché la maggiorazione di cinque punti si applicano di pieno diritto, cioè gli interessi così maggiorati sono dovuti automaticamente, persino qualora non siano stati richiesti o qualora la decisione giudiziaria non li abbia previsti.

Peraltro, il suddetto giudice rileva che, nel caso di specie, il tasso degli interessi convenzionali è del 5,60%, mentre invece, dopo la dichiarazione di decadenza dal diritto a tali interessi, la LCL potrà beneficiare di interessi al tasso legale, i quali, ove vengano maggiorati di cinque punti due mesi dopo la data in cui la sentenza è divenuta esecutiva, ammonteranno al 5,71% per il 2012.

⁵⁷⁸ L'art. 1153, comma primo, secondo e terzo, del codice civile francese è del seguente tenore: *“Nelle obbligazioni che si limitano al pagamento di una somma determinata, il risarcimento dovuto per il ritardo nell'adempimento consiste sempre solo nella condanna agli interessi al tasso legale, salvo le norme particolari vigenti in materia di commercio e di garanzia. Tale risarcimento è dovuto senza che il creditore sia tenuto a giustificare alcun danno. Esso è dovuto soltanto a partire dal giorno della messa in mora, o da un altro atto equivalente come una missiva, qualora ne derivi un'intimazione sufficiente, salvo il caso in cui la legge li faccia decorrere di pieno diritto”*.

⁵⁷⁹ Ai sensi dell'articolo L. 313-3 del codice monetario e finanziario, in caso di condanna pecuniaria con decisione giudiziaria, il tasso di interesse legale è maggiorato di cinque punti alla scadenza di un termine di due mesi decorrenti dal giorno in cui la decisione giudiziaria è divenuta esecutiva anche solo provvisoriamente, ed inoltre su richiesta del debitore o del creditore, e in considerazione della situazione del debitore, il giudice dell'esecuzione può esonerare quest'ultimo da tale maggiorazione o ridurne l'ammontare.

Di conseguenza, l'applicazione della decadenza dal diritto agli interessi potrebbe procurare un beneficio al creditore.

Ciò premesso, il giudice del rinvio si interroga, in primo luogo, sull'efficacia della sanzione della decadenza dal diritto agli interessi convenzionali nel caso di una violazione comprovata dell'obbligo del creditore di consultare il registro nazionale all'uopo previsto al fine di verificare la solvibilità del consumatore.

Secondo lo stesso giudice, la suddetta sanzione potrebbe essere efficace quando il consumatore versa l'integralità delle somme divenute esigibili entro un termine di due mesi dal momento in cui la decisione giudiziaria è divenuta esecutiva.

Tuttavia, tale eventualità appare poco plausibile in quanto, in via generale, se il creditore è stato costretto ad agire in giudizio è perché la situazione del consumatore non gli consentiva più di ottemperare ai propri obblighi.

Inoltre, sebbene il giudice investito della controversia possa concedere una proroga massima di 24 mesi, rimarrebbe comunque il fatto che gli interessi legali restano esigibili.

Peraltro, si può anche sostenere che lo stesso inadempimento, da parte del creditore, del proprio obbligo di verifica della solvibilità del consumatore potrebbe aver contribuito all'eccessivo indebitamento di quest'ultimo.

Il giudice del rinvio rileva anche che l'articolo L. 313-3 del codice monetario e finanziario prevede la possibilità per il consumatore di chiedere al giudice di esonerarlo dalla maggiorazione degli interessi al tasso legale o di ridurne l'ammontare. Tuttavia, sul piano pratico, i casi in cui un consumatore abbia potuto beneficiare di una siffatta misura dopo una decadenza dal diritto agli interessi sarebbero estremamente rari, segnatamente per il fatto che il consumatore non viene informato di tale diritto o che il beneficio di quest'ultimo viene concesso tenendo conto non della gravità degli inadempimenti del creditore, bensì unicamente della situazione finanziaria del consumatore.

In secondo luogo, in merito alla proporzionalità del regime di sanzioni di cui trattasi nel procedimento principale, il giudice del rinvio indica anzitutto che il giudice può certamente modulare la sanzione della decadenza dal diritto agli interessi in considerazione della gravità della violazione, da parte del creditore, dell'obbligo di cui trattasi. Tuttavia, persino in tale caso, quest'ultimo beneficerebbe ancora degli interessi al tasso legale sulle somme ancora dovute.

Poiché, poi, a norma dell'art. 1254 del codice civile, gli interessi al tasso legale diventano esigibili a causa della decadenza dal diritto agli interessi convenzionali e i pagamenti sono imputati prioritariamente agli interessi dovuti, il rimborso del capitale sarebbe necessariamente ritardato, cosicché diventerebbero esigibili nuovi interessi al tasso legale.⁵⁸⁰

Infine, l'effetto della suddetta decadenza sarebbe anche ridotto a causa della capitalizzazione degli interessi, che può essere richiesta dal creditore conformemente al principio dell'anatocismo quale previsto dall'art. 1154 del codice civile.⁵⁸¹

In terzo luogo, il giudice del rinvio si interroga sul carattere dissuasivo del regime della decadenza dal diritto agli interessi quale previsto dal codice del consumo. Egli ritiene che, siccome i creditori possono contare sull'esigibilità degli interessi al tasso legale maggiorato, persino in caso di decadenza dal loro diritto agli interessi convenzionali, essi siano poco incentivati a modificare le loro pratiche nel senso di un rigoroso adempimento degli obblighi ad essi incombenti in forza della direttiva 2008/48 e della normativa di recepimento della medesima nel diritto interno.

Pertanto, il tribunal d'instance d'Orléans ha chiesto alla Corte se l'esigenza di sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive, prevista dall'art. 23 della direttiva 2008/48, in caso di

⁵⁸⁰ L'art. 1254 del codice civile prevede che il pagamento effettuato sul capitale e sugli interessi, ma non integrale, va imputato in primo luogo agli interessi.

⁵⁸¹ L'articolo 1154 del codice civile così recita: “*Gli interessi maturati sui capitali possono produrre interessi, a seguito di una domanda giudiziale o di un'apposita convenzione, purché nella domanda o nella convenzione si tratti di interessi dovuti per almeno un anno intero*”.

inadempimento, da parte dei creditori, degli obblighi sanciti dalla direttiva e segnatamente in caso di violazione da parte del creditore del suo obbligo precontrattuale di valutare la solvibilità del debitore mediante la consultazione di una banca dati pertinente, osti all'esistenza di norme che permettono al creditore, sanzionato con la decadenza dal suo diritto agli interessi convenzionali come previsto dalla legislazione francese, di beneficiare, dopo la pronuncia della sanzione, di interessi esigibili di pieno diritto a un tasso legale a decorrere dalla pronuncia di una decisione giudiziaria che condanna al debitore al versamento delle somme ancora dovute, peraltro maggiorato di cinque punti se, due mesi dopo detta decisione giudiziaria esecutiva, il debitore non ha saldato il proprio debito, sulle somme ancora dovute dal consumatore.⁵⁸²

Anzitutto, dall'art. 8, paragrafo 1, della direttiva 2008/48, letto alla luce del considerando 28 di quest'ultima⁵⁸³, emerge che prima della conclusione di un contratto di credito, il creditore

⁵⁸² La Commissione europea ha sollevato un duplice interrogativo in merito alla ricevibilità della domanda di pronuncia pregiudiziale. In primo luogo, essa sostiene che il regime nazionale di sanzioni applicabile nel procedimento principale mira a reprimere la violazione di un obbligo previsto non dalla direttiva 2008/48 bensì da una norma nazionale che impone la consultazione, da parte del creditore, di una banca dati che gli Stati membri possono mantenere a norma dell'art. 8 della citata direttiva, sebbene tale regime si applichi anche alla violazione di altri obblighi che, dal canto loro, derivano direttamente dalla stessa direttiva. Di conseguenza, la questione se un siffatto regime di sanzioni rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 23 della suddetta direttiva non sarebbe chiara.

⁵⁸³ L'art. 8 della direttiva 2008/48, intitolato "*Obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore*", al suo paragrafo 1, prevede che gli Stati membri provvedano affinché, prima della conclusione del contratto di credito, il creditore valuti il merito creditizio del consumatore sulla base di informazioni adeguate, se del caso fornite dal consumatore stesso e, ove necessario, ottenute consultando la banca dati pertinente. Vi è stabilito, altresì, che i Paesi la cui normativa prevede già una valutazione del merito creditizio del consumatore consultando una banca dati pertinente possono mantenere tale obbligo.

Secondo il considerando n. 28 della direttiva 2008/48, al fine di valutare lo *status* di merito creditizio di un consumatore, il creditore dovrebbe anche consultare le banche dati

è tenuto a valutare la solvibilità del consumatore, obbligo che può eventualmente comprendere la consultazione delle banche dati pertinenti.

In tal contesto, il considerando 26 della suddetta direttiva enuncia che, in un mercato creditizio in espansione, in particolare, è importante che i creditori non siano indotti a concedere prestiti in modo irresponsabile o a emettere crediti senza una preliminare valutazione della solvibilità del consumatore e che gli Stati membri effettuino la necessaria vigilanza per prevenire tali comportamenti e definiscano i mezzi necessari per sanzionarne gli autori.⁵⁸⁴

L'obbligo precontrattuale del creditore di valutare la solvibilità del debitore, nella misura in cui mira a tutelare i consumatori contro i rischi di sovraindebitamento e di insolvenza, contribuisce certamente alla realizzazione dell'obiettivo, posto alla base della direttiva 2008/48, che consiste, come emerge dai considerando 7 e 9 della medesima⁵⁸⁵, nel prevedere, in materia di credito ai consumatori, un'armonizzazione completa ed imperativa in una serie di settori fondamentali, la quale viene ritenuta necessaria per garantire a tutti i

pertinenti, fermo rimanendo che le circostanze di fatto e di diritto possono richiedere che tali consultazioni assumano ampiezza diversa.

⁵⁸⁴ Il considerando n. 26 della direttiva 2008/48 incentiva gli Stati membri ad adottare le misure appropriate per promuovere pratiche responsabili in tutte le fasi del rapporto di credito, tenendo conto delle specificità del proprio mercato creditizio. Infatti, in un mercato creditizio in espansione, in particolare, è importante che i creditori non concedano prestiti in modo irresponsabile o non emettano crediti senza una preliminare valutazione del merito creditizio.

⁵⁸⁵ Il considerando n. 7 della direttiva 2008/48 prevede che *“per facilitare il sorgere di un efficiente mercato interno del credito al consumo è necessario prevedere un quadro comunitario armonizzato in una serie di settori fondamentali”*, mentre il considerando n. 9 della medesima stabilisce che: *“è necessaria una piena armonizzazione che garantisca a tutti i consumatori della Comunità di fruire di un livello elevato ed equivalente di tutela dei loro interessi e che crei un vero mercato interno. Pertanto, agli Stati membri non dovrebbe essere consentito di mantenere o introdurre disposizioni nazionali diverse da quelle previste dalla presente direttiva”*.

consumatori dell'Unione un livello elevato ed equivalente di tutela dei loro interessi e per facilitare il sorgere di un efficiente mercato interno del credito al consumo.

Siffatto obiettivo è volto a garantire una tutela effettiva dei consumatori contro la concessione irresponsabile di contratti di credito che eccedono le loro capacità finanziarie e possono comportare la loro insolvenza, e l'art. 23 della direttiva 2008/48 prevede, da un lato, che il regime di sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali in materia di verifica precontrattuale della solvibilità del debitore, adottate a norma dell'art. 8 di tale direttiva, sia definito in modo tale che le sanzioni siano efficaci, proporzionate nonché dissuasive e, dall'altro, che gli Stati membri adottino tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'attuazione.

Dal considerando 47⁵⁸⁶ della medesima direttiva emerge, inoltre, che, entro tali limiti, la scelta del suddetto regime di sanzioni viene lasciato alla discrezionalità degli Stati membri⁵⁸⁷. Segnatamente, la severità delle sanzioni deve essere adeguata alla gravità delle violazioni che esse reprimono e comportare, in particolare, un effetto realmente dissuasivo, fermo restando il rispetto del principio generale di proporzionalità⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ Il considerando n. 47 precisa, però, che, sebbene la scelta delle sanzioni sia lasciata alla discrezionalità degli Stati membri, le sanzioni previste dovrebbero essere effettive, proporzionate e dissuasive.

⁵⁸⁷ A tal riguardo, va ricordato che, in base alla giurisprudenza costante della Corte relativa al principio di leale cooperazione (art. 4, paragrafo 3 TUE), gli Stati membri, pur conservando la scelta delle sanzioni, devono segnatamente controllare che le violazioni del diritto dell'Unione siano sanzionate, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in forme analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto nazionale simili per natura e importanza e, in ogni caso, devono conferire alla sanzione stessa un carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo (vedasi in tal senso, in particolare, le sentenze C. Giust. UE, 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*, punti 64 e 65, nonché C. Giust. UE, 26 settembre 2013, C-418/11, *TEXDATA Software GmbH*, punto 50).

⁵⁸⁸ C. Giust. UE, 26 settembre 2013, *TEXDATA Software GmbH*, cit., punto 51.

Nel caso di specie, l'obbligo precontrattuale di verifica da parte del creditore della solvibilità del debitore, imposto dall'art. L. 311-9 del codice del consumo, disposizione volta a dare attuazione all'art. 8 della direttiva 2008/48, in caso di violazione è sanzionato dall'art. L. 311-48 di tale codice, disposizione volta a dare attuazione all'art. 23 della medesima direttiva e che prevede la decadenza, in linea di principio integrale, dal diritto agli interessi del creditore.

Di conseguenza, si pone la questione se la severità di tale sanzione sia adeguata alla gravità delle violazioni che essa reprime e, in particolare, se una sanzione del genere comporti un effetto realmente dissuasivo.

A tal riguardo, il giudice del rinvio rileva che, secondo la giurisprudenza nazionale, la sanzione della decadenza dagli interessi riguarda unicamente gli interessi convenzionali, sicché i creditori beneficiano di pieno diritto degli interessi al tasso legale che, nella maggioranza dei casi, sono parimenti di pieno diritto maggiorati di cinque punti.

Nel procedimento principale e per quanto attiene al 2012, in particolare, tale giudice precisa che il tasso degli interessi convenzionali era del 5,60%, mentre gli interessi al tasso legale, maggiorati di cinque punti, ammonterebbero al 5,71%. La differenza tra questi tassi sarebbe stata ancora più marcata per quanto riguarda il 2013.

Ne deriverebbe che l'applicazione della sanzione della decadenza, quale prevista dalla normativa nazionale, potrebbe procurare un vantaggio al creditore⁵⁸⁹.

⁵⁸⁹ Per contro, la Commissione sostiene che, in casi, come quello del procedimento principale, in cui il creditore esige il rimborso immediato del prestito in seguito al mancato pagamento del debitore, il carattere effettivo e dissuasivo della sanzione sembra garantito. Infatti, i costi legati alla consultazione, nell'ambito della verifica della solvibilità del debitore, delle banche dati previste a tale fine, sarebbero relativamente limitati, mentre la sanzione della decadenza dagli interessi convenzionali comporterebbe un rischio con un costo economico potenzialmente elevato. Inoltre, sebbene certamente il creditore non diligente possa comunque reclamare gli interessi legali, eventualmente maggiorati di cinque punti, rimarrebbe nondimeno il fatto che, contrariamente all'ipotesi in cui il creditore abbia

A tal riguardo, al fine di valutare il carattere realmente dissuasivo della sanzione, spetta al giudice del rinvio, che è l'unico competente ad interpretare ed applicare il diritto nazionale, raffrontare, nelle circostanze della causa di cui è investito, gli importi che il creditore avrebbe riscosso come remunerazione del prestito qualora avesse rispettato il suo obbligo precontrattuale di valutare la solvibilità del debitore consultando una banca dati pertinente con quelli che egli percepirebbe in applicazione della sanzione per violazione di questo stesso obbligo precontrattuale.

Al fine di determinare questi ultimi importi, spetta al suddetto giudice tenere conto di tutti gli elementi e, in particolare, di tutte le conseguenze che possono discendere dall'accertamento della violazione, da parte del creditore, dell'obbligo precontrattuale di cui trattasi.

Se, in esito al raffronto menzionato, il giudice del rinvio dovesse accertare che l'applicazione della sanzione della decadenza dagli interessi convenzionali può conferire un beneficio al creditore, in quanto gli importi di cui viene privato sono inferiori a quelli derivanti dall'applicazione degli interessi al tasso legale maggiorato, ne discenderebbe che il regime di sanzioni in esame nel procedimento principale non garantisce un effetto realmente dissuasivo alla sanzione.

Inoltre, tenuto conto dell'obiettivo di tutela dei consumatori inerente all'obbligo di verifica, da parte del creditore, della solvibilità del debitore, la sanzione della decadenza dagli interessi convenzionali, in via più generale, non può essere considerata realmente dissuasiva qualora il giudice del rinvio dovesse accertare, in esito al raffronto menzionato e alla luce di tutte le circostanze rilevanti, che, in un caso, come quello di specie, che implica l'immediata esigibilità del capitale del prestito ancora dovuto a causa dell'inadempimento del debitore, gli importi che possono essere riscossi dal creditore in seguito all'applicazione di tale

ottemperato all'obbligo di verifica precontrattuale della solvibilità del debitore, la base sulla quale tali interessi sono applicati non include né gli interessi convenzionali né gli interessi legali dovuti su di essi.

sanzione non sono notevolmente inferiori a quelli di cui avrebbe potuto beneficiare se avesse ottemperato ad un siffatto obbligo.

Infatti, se la sanzione della decadenza dagli interessi venisse mitigata, ovvero puramente e semplicemente eliminata, a causa del fatto che l'applicazione degli interessi al tasso legale maggiorato può compensare gli effetti di una siffatta sanzione, ne discenderebbe necessariamente che essa non presenta un carattere realmente dissuasivo⁵⁹⁰.

L'art. 23 della direttiva 2008/48/CE, pertanto, deve essere interpretato nel senso che esso osta all'applicazione di un regime nazionale di sanzioni in forza del quale, in caso di violazione, da parte del creditore, del suo obbligo precontrattuale di valutare la solvibilità del debitore consultando una banca dati pertinente, il creditore decada dal suo diritto agli interessi convenzionali, ma benefici di pieno diritto degli interessi al tasso legale, esigibili a decorrere dalla pronuncia di una decisione giudiziaria che condanna tale debitore al versamento delle somme ancora dovute, i quali sono inoltre maggiorati di cinque punti se, alla scadenza di un termine di due mesi successivi a tale pronuncia, quest'ultimo non ha saldato il suo debito, qualora il giudice del rinvio accerti che, in un caso come quello del procedimento principale, che implica l'esigibilità immediata del capitale del prestito ancora dovuto a causa dell'inadempimento del debitore, gli importi che possono essere effettivamente riscossi dal creditore in seguito all'applicazione della sanzione della

⁵⁹⁰ Nell'ipotesi in cui il giudice del rinvio accertasse che la sanzione della decadenza dagli interessi convenzionali non presenta un carattere realmente dissuasivo ai sensi dell'art. 23 della direttiva 2008/48, si deve ricordare che un giudice nazionale, investito di una controversia che vede contrapposti esclusivamente soggetti privati, in sede di applicazione delle disposizioni del diritto interno è tenuto a prendere in considerazione tutte le norme del diritto nazionale e ad interpretarle, per quanto possibile, alla luce del testo nonché della finalità della direttiva applicabile in materia, al fine di ottenere una soluzione conforme all'obiettivo da essa perseguito (vedasi, in particolare, C. Giust. UE, 27 febbraio 2014, *Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. (OSA) c. Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.*, cit., punto 44).

decadenza dagli interessi non sono notevolmente inferiori a quelli di cui avrebbe potuto beneficiare se avesse ottemperato al suo obbligo di verifica della solvibilità del debitore.

Alla luce di quanto esposto, sembra dunque opportuno ripensare le soluzioni tecniche emergenti dal quadro giurisprudenziale comunitario alla luce delle ultime pronunce, nell'ottica di una trasparenza adesso più chiaramente declinata alla luce del principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui agli artt. 38 e 47 della Carta di Nizza.

Invero, l'angolo di osservazione sul percorso e sulle tendenze della giurisprudenza europea consistente nel principio di effettività della tutela giurisdizionale, filtrato attraverso i canoni della Corte di giustizia⁵⁹¹, può rivelarsi molto interessante.

A ben vedere, una simile considerazione si ricollega all'idea per cui "*le moderne regolamentazioni di diritto privato, spesso settoriali, hanno un fine determinato da realizzare*"⁵⁹².

Difatti, l'impressione – rafforzata dall'analisi della giurisprudenza comunitaria – è che, attraverso la lente del principio di effettività, i concetti indeterminati e/o le clausole generali figuranti nelle direttive relative al contratto asimmetrico, rilevino in modo indiretto, riverberandosi nei singoli ordinamenti.

La Corte, pertanto, ben lungi dal rivestire un ruolo neutro, sembrerebbe portare avanti un vero e proprio disegno di selezione, tramite la delimitazione di certe nozioni e clausole generali, del rimedio effettivo, inteso come il mezzo attraverso il quale procedere all'integrazione.

Invero, come anticipato, non si deve necessariamente leggere detto *trend* giurisprudenziale come improntato al raggiungimento di una giustizia sociale⁵⁹³; piuttosto, la Corte sembra

⁵⁹¹ Vedasi **TROCKER N.**, *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2010, 361 ss., in part. 373 s., 386 s. e 400 s.

Cfr. **PAGLIANTINI S.**, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in corso di pubblicazione.

⁵⁹² Così **PATTI S.**, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013, in part. 104.

porsi, attraverso le proprie pronunce, l'obiettivo di ottimizzare il livello di protezione del consumatore al fine di evitare che si registrino "scarti tra i vantaggi promessi a livello sostanziale e quelli conseguibili attraverso l'utilizzo dello strumento processuale"⁵⁹⁴.

La Corte, dunque, partendo dal presupposto di un consumatore che è un soggetto vulnerabile in ragione della sua limitata libertà negoziale⁵⁹⁵, sembra utilizza le clausole generali al fine di individuare il rimedio effettivo, funzionale alla pratica applicazione della ratio della normativa in materia, "il parametro di riferimento più omogeneo"⁵⁹⁶ intorno al quale tutto gravita.

Si tratta, in altri termini, di un'effettività che viene funzionalizzata alla tecnica protettiva che, tramite lo strumento della maggiore utilità individuale, più si mostri idonea al perseguimento dello scopo "della massimizzazione del benessere complessivo"⁵⁹⁷.

⁵⁹³ Cfr. **DELLA NEGRA F.**, *Il diritto del consumatore ed i consumatori nel quadro giuridico europeo. Alcuni spunti di riflessione sui recenti orientamenti della CGUE*, in *Persona e mercato*, 2013, 4, 309 ss..

⁵⁹⁴ Così **ORIANI R.**, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008, in part. 25.

⁵⁹⁵ Cfr. **ROCHFELD J.**, *La protection du consommateur – contractant dans l'Union européenne: quelques enseignements sur le statut de la liberté contractuelle et des contrats à durée indéterminée*, in *Rev. des contrats*, 2013, 847 ss., che parla di uno statuto della libertà contrattuale, in materia di rapporti di consumo, di tipo scettico o realista. Per la dicotomia tra consumatore come *homo oeconomicus* ovvero *homo consumens* vedasi **MICKLITZ H.W.** (a cura di), *The Many Concepts of Social Justice in European Private Law*, Elgar, 2011, 3 ss.

In ogni caso, va considerato che permane sempre la necessità di evitare generalizzazioni astrattizzanti, poichè infatti il modello di consumatore vulnerabile predomina senz'altro nel campo di applicazione della direttiva 93/13, mentre nell'area delle pratiche commerciali sleali sembra prevalere il modello del consumatore razionale.

⁵⁹⁶ L'espressione si riscontra in **LIPARI N.**, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, cit., 1 ss.

⁵⁹⁷ Sulla premessa che sia questo "l'imparziale parametro di valutazione di ogni possibile conflitto tra diverse pretese individuali": così **DENOZZA F.**, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014, 16 ss..

Del resto, è principio generalmente accettato che il consumatore sceglie nel modo che gli rende possibile ottenere il massimo di soddisfazione possibile nella situazione data⁵⁹⁸ ed è, poi, l'insieme delle scelte individuali massimizzate che conduce al benessere collettivo.

In quest'ottica, quando La Corte dichiara di non considerare effettivo un rimedio nazionale, significa che, in tal modo, essa tenta di indirizzare i singoli ordinamenti nel modo che risulti più confacente alla visione di un mercato in cui agiscono soggetti che, pur non negoziando liberamente, consumano e saranno portati a consumare di più grazie al progressivo abbattimento, per via rimediabile, dei costi transattivi affliggenti questa o quella operazione economica⁵⁹⁹.

Infatti, dato per presupposto che il mercato efficiente si raggiunge attraverso la massimizzazione dei consumi individuali e che detto mercato è idoneo a condurre al benessere generale, l'individuazione del rimedio effettivo dovrà coincidere con la selezione della tecnica che meglio asseconda o ripristina la concorrenzialità di un mercato competitivo.⁶⁰⁰

⁵⁹⁸ Cfr. **DENOZZA F.**, *op. cit.*, in part. 19.

⁵⁹⁹ Cfr. **ROSSI G.**, *Il gioco delle regole*, Milano, 2006, in part. 37.

⁶⁰⁰ Invero obbedisce ad un'analoga logica l'estensione della tutela alle piccole e medie imprese, nonostante le ragioni di subalternità siano diverse. Infatti, un'impresa vessata e costretta a subire condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose, farà mancare una sequenza di singoli scambi efficienti, e dunque fisiologicamente non si trova a svolgere il suo ruolo economico nel mercato di riferimento. Il tredicesimo considerando della dir. 2011/83/UE, in ordine alla facoltà degli Stati membri di assoggettare al regime protettivo anche chi non sia un consumatore puro, fa peraltro intravedere un piano d'azione impregnato dell'idea di un mercantilismo efficiente se e quando ogni contratto, in quanto stipulato “*in condizioni di assenza di market failure*” (cfr. **DENOZZA F.**, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit., in part. 11), riesca a massimizzare l'utilità del consumatore (vedasi, per una panoramica, **ROCHFELD J.**, *Le statut du droit contractuel “de protection de la partie faible”*: *entre droit contractuel, droit du marché et droits de l'homme*, in *Mélanges en l'honneur de G. Viney*, LGDJ-Lextenso, 2008, 835 ss.).

Emerge così chiaramente, lo si ribadisce, che non si tratta di perseguire un'effettività posta a tutela del contraente debole, quanto un'effettività improntata al mercato, con la consapevolezza che il consumatore è un contraente debole e con scarsa attitudine a decidere razionalmente e responsabilmente⁶⁰¹.

D'altronde, nell'art. 7 della dir. 1993/13/CEE – nonché in altre disposizioni⁶⁰² – si allude ad un rimedio, utile a contrastare l'abuso, indeterminato ma non neutro, bensì corredato dagli attributi dell'adeguatezza e dell'efficacia dissuasiva; per tale via, si intende fare riferimento ad una tutela poggiata su un incentivo al moltiplicarsi di "*transazioni massimizzanti*"⁶⁰³.

Attraverso la selezione giurisprudenziale del rimedio effettivo in quanto maggiormente deterrente, dunque, viene reso possibile concretizzare a livello interpretativo l'indeterminatezza delle clausole generali, peraltro enfatizzata dall'interazione di varie fonti.

In questo senso si può parlare di una sorta di armonizzazione condotta per via rimediale, tramite una convergenza teleologica dei rimedi⁶⁰⁴, informata alla migliore tutela del

Vedasi, inoltre, **PAGLIANTINI S.**, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in corso di pubblicazione.

⁶⁰¹ Così **ROCHFELD J.**, *La protection du consommateur – contractant dans l'Union européenne: quelques enseignements sur le statut de la liberté contractuelle et des contrats à durée indéterminée*, cit., in part. 847.

⁶⁰² Vedasi l'art. 23 dir. 2008/48/CE, ove la statuizione che le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive, oppure l'art. 24 della dir. 2011/83/UE.

⁶⁰³ Cfr. **DENOZZA F.**, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit., in part. 22.

⁶⁰⁴ **PAGLIANTINI S.**, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in corso di pubblicazione.

consumatore in quanto, dato che "da una somma di efficienze non possa che nascere un mercato pur esso necessariamente efficiente"⁶⁰⁵, essa è un mezzo di massimizzazione del singolo scambio.

Ne consegue ulteriormente che, in un contesto ove l'efficienza della singola transazione è la bussola per il modo in cui ciascuna di esse è destinata a riverberarsi sul benessere dei consumatori⁶⁰⁶, la selezione del rimedio effettivo può essere avvicinata alla nozione dell'interesse pubblico⁶⁰⁷.

Invero, grazie al concetto di rimedio effettivo, come parametrato ai sensi degli artt. 38 e 47 della Carta⁶⁰⁸, si è sviluppata una tendenza a porre in costante confronto la sanzione europea con i diversi rimedi nazionali⁶⁰⁹.

⁶⁰⁵ Così **DENOZZA F.**, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit., in part. 7 e 9.

⁶⁰⁶ Cfr. **DENOZZA F.**, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit., in part. 10.

⁶⁰⁷ **PAGLIANTINI S.**, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in corso di pubblicazione.

⁶⁰⁸ Un esempio, in tal senso, è fornito dalla pronuncia C. Giust. UE, 14 marzo 2013, *Mohamed Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, cit., che, per la prima volta, fornisce una specie di interpretazione autentica dell'art. 3 dir. 1993/13/CEE.

Per una disamina della vicenda vedasi **LAS CASAS A., MAUGERI M.R., PAGLIANTINI S.**, *Recent trends of the ECJ on the assessment of unfairness of terms in consumer contracts: Aziz and Constructora Principado*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2014, in corso di stampa, dove viene sottolineato il perdurante oscillare della buona fede tra una dimensione oggettiva ed una soggettiva, persistendo il dubbio se il significativo squilibrio agisca in alternativa o in concorso con la buona fede nel definire l'abusività di una clausola ex art. 3 dir. 1993/13/CEE.

Vedasi anche **COMOGLIO L.P.**, *Aspetti processuali della tutela del consumatore*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 307 ss. e **PAGLIETTI M.C.**, *La tutela civile dei diritti dei consumatori*, Napoli, 2013, 141 ss.

Cfr. **TROCKER N.**, *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, cit., in part. 393; **MAZZAMUTO S.**, *I rimedi*, in Castronovo C. e Mazzamuto S. (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, II, in part. 771).

Va evidenziato che il confronto tra i rimedi va svolto al cospetto di un art. 38 della Carta che detta un livello elevato di protezione dei consumatori, e ciò deve accadere anche in sede di applicazione della direttiva 93/13/CEE.

Pertanto, in base agli artt. 6, § 1, 7, § 1, e 8 della dir. 93/13/CEE, non viola il principio di effettività, di cui al combinato disposto degli art. 38 e 47 della Carta, la legislazione nazionale, nel caso quella slovacca, la quale non preveda “*la possibilità per un’associazione per la tutela dei consumatori di intervenire in un procedimento di esecuzione, [promosso contro un consumatore], di una decisione giudiziaria o di un lodo arbitrale definitivo*”: così C. Giust. UE, 27 febbraio 2014, *Pobotovost’ s. r. o. c. Miroslav Vašuta*, cit., e già prima Corte giust. UE, 5 dicembre 2013, C-413/12, *Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León c. Anuntis Segundamano España SL*.

Invero, l’art. 38 postula pur sempre una norma secondaria che riconosca una situazione di vantaggio perché, nel caso in cui detta pre-condizione manchi, non lo si può trasformare in un precetto capace, di per sé, di imporre un’interpretazione di questa o quella direttiva nel senso che un certo diritto sia in esse riconosciuto.

Tuttavia, la Corte sembra alludere ad un’applicabilità diretta dei principi della Carta UE nei rapporti interprivati: la selezione della regola del caso avviene, infatti, all’esito di una rilettura conformativa, funzionalmente giustificata ad uno scopo della direttiva sempre rivisto ai sensi dell’art. 47, delle situazioni di vantaggio che la disciplina europea secondaria si trovi a contemplare.

È, poi, compito spettante ai giudici nazionali cautelarsi affinché queste situazioni di vantaggio, in un mercato finalizzato all’incremento per ciascuno della ricchezza personale, si prestino ad invertere quel fine predeterminato di efficienza al quale sono *ex lege* ancillari.

Anche nella successiva Corte giust. UE, 14 novembre 2013, cause riunite C-537/12 e C-116/13, *Banco Popular Español SA c. Maria Teodolinda Rivas Quichimbo, Wilmar Edgar Cun Pérez* e *Banco de Valencia SA c. Joaquín Valldeperas Tortosa, María Ángeles Miret Jaume*, il canovaccio *de quo* è il medesimo, come, del resto, nella C. Giust. UE, 3 aprile 2014, *Katalin Sebestyén c. Zsolt Csaba Kővári, OTP Bank, OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt, Raiffeisen Bank Zrt.*, cit., punti 27 e 28, a dimostrazione che ormai siamo al cospetto di un *trend* che si va affermando in modo pressoché incontrastato.

In un certo senso, si deve evidenziare, le più recenti pronunce comunitarie sembrano individuare nel livello ottimale di tutela del consumatore un principio generale del diritto dell'Unione (artt. 38 della Carta e 169 del Trattato)⁶¹⁰, rilevante, se non ai fini dell'individuazione della regola operativa della singola controversia, almeno nell'ottica di una disapplicazione della normativa nazionale non conforme.

Secondo la Corte⁶¹¹, peraltro, deve essere svolta anche un'opera di delicato bilanciamento tra l'autonomia procedurale degli Stati, quanto al "*designare il giudice competente a risolvere liti*

Tuttavia, pare che in C. Giust. UE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Mohamed Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, cit., vi sia c'è un ulteriore sottinteso. Se, infatti, l'*an* del significativo squilibrio dipende da quanto una clausola predisposta si discosta dal diritto dispositivo, di talché il suddetto squilibrio sarà significativo ove, in difetto della clausola *de qua*, il consumatore avrebbe goduto di una disciplina suppletiva molto più favorevole, e visto che il consumatore è un soggetto vulnerabile e non razionale, e dunque che come aspettativa ragionevole del professionista si potrà considerare soltanto quella relativa alla medesima clausola che avrebbe liberamente accettato una controparte alla pari, diventa complicato individuare dei casi nei quali una clausola, che si discosta in misura apprezzabile dal diritto dispositivo, potrà dirsi introdotta in buona fede, cioè alla stregua di una pattuizione che un professionista leale poteva ragionevolmente pensare sarebbe stata negoziata. Pertanto, se il termine "*malgrado*" dell'art. 33, comma 1 cod. cons. deve intendersi nel preciso significato che il consumatore non è tenuto a provare la mala fede del professionista, perché la buona fede di costui non gli è opponibile in assenza della dimostrazione di una trattativa individuale seria ed effettiva, allora sembra doversi desumere che nel sistema italiano la vessatorietà di una clausola sia declinata esclusivamente sulla base del presupposto oggettivo di un significativo squilibrio.

⁶⁰⁹ Tale è la prospettiva di **COMOGLIO L.P.**, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1509 ss. Quanto detto, se da una parte impedisce ad un rimedio nazionale di prevalere sugli altri, dall'altra pare legittimare le sole differenziazioni meritevoli in quanto razionali e proporzionate.

⁶¹⁰ Vedasi **VETTORI G.**, *I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona*, in Ruggeri A. (a cura di), *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Napoli, 2012, in part. 53.

⁶¹¹ C. Giust. UE, 30 maggio 2013, C-397/11, *Erika Jörös c. Aegon Magyarországi Hitel Zrt.*

vertenti sui diritti soggettivi", ed il principio di una loro tutela effettiva. Con la conseguenza che il giudice dovrebbe, pertanto, intendere le norme procedurali interne, per quanto possibile, nell'accezione utile a far sì che sia conseguito l'obiettivo stabilito dall'art. 6, paragrafo 1.

Dunque, la dir. 93/13/CEE, per il fatto di dare attuazione ad un principio generale del diritto dell'Unione, farebbe da tramite o comunque opererebbe come se avesse un diretto effetto preclusivo⁶¹².

Ovviamente il tutto, lo si ripete, deve apprezzarsi nell'ottica di un'effettività rimediale strumentale all'inverarsi di un modello di mercato il cui apice viene fatto coincidere "*con la stipulazione del maggior numero possibile di transazioni massimizzanti*"⁶¹³, poiché questo abbate i costi di transazione assicurando un'allocazione efficiente delle risorse.

Non si deve perdere, difatti, di vista il fatto che l'effettività rimediale è tutta tesa al mercato – e non tanto alla protezione del consumatore – allo scopo di impedire, a chi ne potrebbe profittare, di servirsi di costi transattivi in danno della controparte.

Per quanto detto, l'effettività della tutela giurisdizionale appare, dunque, nel momento attuale, essere la linea di demarcazione dell'area entro cui le clausole generali si vengono a muovere.

Sulla premessa che la suddetta clausola è contenuta in una direttiva, notoriamente vincolante quanto allo scopo della regolamentazione, è pur vero che appartiene all'autonomia procedurale degli Stati membri il plasmare le norme domestiche necessarie "*a realizzare il risultato previsto*"⁶¹⁴; tuttavia, poiché l'art. 19, § 1 Tratt. UE obbliga i Paesi membri ad adottare i rimedi giurisdizionali necessari a garantire una tutela giurisdizionale effettiva

⁶¹² Cfr. **TROCKER N.**, *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, cit., in part. 375 s.

⁶¹³ Così **DENOZZA F.**, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit., in part. 9.

⁶¹⁴ Così **PATTI S.**, *Ragionevolezza e clausole generali*, cit., in part. 74.

nelle materie presidiate dal diritto europeo, è per il tramite dell'art. 47 che un'attività, che si può definire di armonizzazione evolutiva delle clausole generali, si compie.^{615 616 617}

⁶¹⁵ Vedasi **NAVARRETTA E.**, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, fasc. 4, 953 ss., in part. 978 s.

⁶¹⁶ Si tratta, in definitiva, di una specie di via intermedia tra l'affermazione di un potere della Corte di dettare una nozione di buona fede vincolante per i giudici nazionali e la convinzione opposta.

Un problema diverso consiste nel riflettere sulla *vis expansiva* di questa concretizzazione giudiziale del rimedio che appare circoscritta, alla lettera, ai settori disciplinati dal diritto dell'Unione, e quindi alle materie, principalmente quella consumeristica e quelle ove venga in questione il principio di non discriminazione, coperte da norme imperative. Quando la legislazione europea rimette in tutto o in parte un ambito all'autonomia contrattuale delle parti, l'art. 47, § 1 non può, difatti, trovare applicazione. Vedasi **PAGLIANTINI S.**, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in corso di pubblicazione. Vedasi anche **VETTORI G.**, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Persona e mercato*, 2012, 1, 10 ss., in part. 17 e **ROPPO V.**, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico*, in *Corr. giur.*, 2009, 267 ss.

⁶¹⁷ Una dottrina (**PAGLIANTINI S.**, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in corso di pubblicazione) ritiene identificabile, seppure con un certo margine di approssimazione, un catalogo delle tecniche interpretative adoperate per armonizzare surrettiziamente i diritti nazionali. Talora, dunque, si mostra sufficiente il canone di un'interpretazione conforme, messa in atto nella forma di una riduzione teleologica della norma imperativa nazionale quando ammetterne l'applicazione sarebbe contraddittorio alla luce di una valutazione di ragionevolezza della tutela. Quando ciò non appare sufficiente, subentra allora una pura interpretazione restrittiva *ab absurdo*, sperimentata di preferenza ogni volta che si voglia, invece, mettere in risalto come una diversa lettura produrrebbe il paradosso di eludere o di dimidiare la tutela consumerista (cfr. C. Giust. UE, 21 marzo 2013, *RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, cit., e C. Giust. UE, 14 marzo 2013, *Mohamed Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, cit.). Nell'ottica di una piena effettività, chiude il tutto la tecnica di un giusto rimedio, ottenuto per via ermeneutica bilanciando gli opposti interessi delle parti. È un bilanciamento, tuttavia, che incontra il limite conformativo variabile del contesto

Non si può negare, quindi, il rilievo innovativo del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva quale principio generale del sistema europeo.

Formalizzato nell'art. 47 della Carta, il diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel medesimo articolo, ha invero acquistato, per effetto del Trattato di Lisbona, lo stesso valore giuridico dei Trattati, dato quanto contenuto nell'art. 6, n. 1, Tratt. UE: da qui discende l'obbligo degli Stati membri di rispettarlo quando applicano il diritto dell'Unione (art. 51, n. 1, CDFUE).

Tuttavia, non si deve sottovalutare la polisemia del diritto ad un rimedio effettivo, nonché la sua intrinseca vaghezza, la quale comunque diminuisce leggendo tale diritto alla luce degli artt. 19, § 1 Tratt. FUE e 51, n. 1 CDFUE, rendendo così possibile enucleare alcuni momenti idonei a specificare la tutela giurisdizionale.

Anzitutto, si pensi ad una nozione di "effettività soggettiva dell'accesso alle Corti di giustizia"⁶¹⁸, ovvero alla concreta possibilità di agire in giudizio.

A questa figura si può, inoltre, affiancare l'idea di una effettività "qualitativa", nel senso di idonea a tutelare il singolo tipo di situazione soggettiva e non indebolita da limiti o da preclusioni procedurali. Quest'ultima nozione di effettività, seppure teleologicamente

circostanziale nel quale i contrapposti interessi del professionista e del consumatore si vengono a fronteggiare (Così C. Giust. UE, 21 marzo 2013, *RWE Vertrieb AG c. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, cit.

In dottrina, vedasi **PAGLIANTINI S.**, voce *Modificazione unilaterale del contratto (dir. civ.)*, in *Enc. dir. – Annali VI*, Milano, 2013, 487 ss.), dove si sottolinea la necessità, da un lato, di una puntuale informazione preventiva, onde il consumatore possa utilmente procedere alle comparazioni del caso, e, dall'altro, della concorrenzialità del mercato di riferimento, poiché, se così non dovesse essere, sarebbe puramente virtuale la facoltà di recesso, ancorché contrattualmente prevista.

⁶¹⁸ V., in modo particolare, **COMOGLIO L.P.**, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1994, 1070 ss. e **TROCKER N.**, *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, cit., in part. 367.

orientata al perseguimento dello scopo di questa o quella direttiva, rimane fortemente calata nella logica del processo.

Infine, può essere individuata un'"*effettività oggettiva della tutela*"⁶¹⁹, evocante l'idea che, per ogni bene della vita violato, vi sia un corrispondente idoneo rimedio.⁶²⁰

Invero, una *full effectiveness*, intesa ex art. 19, § 1 del Trattato, c'è soltanto quando il rimedio si svolga secondo un canovaccio che riesca a soddisfare uno *standard* di concreta adeguatezza.

Nella pronuncia *Eva Martín Martín c. EDP Editores SL*⁶²¹ del resto – ove vengono affiancate la nullità del contratto e la decorrenza di un nuovo termine per recedere – la Corte ha sentenziato chiaramente che non si pone un problema di termini bensì di misure appropriate, intese nel senso di ugualmente idonee ad assicurare un adeguato livello di tutela, ivi specificamente tradottosi nel conio della tecnica più utile a far sì che il consumatore potesse esercitare quel diritto di recesso attribuitogli dall'art. 5, n. 1, della dir. 1985/577/CEE.⁶²²

⁶¹⁹ Cfr. **ORIANI R.**, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, cit., 11 e **TROCKER N.**, *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, cit., in part. 364.

⁶²⁰ Vedasi Corte giust. UE, 7 dicembre 2010, C-439/08, *Vlaamse federatie van verenigingen van Brood- en Banketbakkers, Ijsbereiders en Chocoladebewerker 'VEBIC' VZW c. Raad voor de Mededinging, Minister van Economie*, e C. Giust. UE, 27 febbraio 2014, *Pobotovost' s. r. o. c. Miroslav Vašuta*, cit., che hanno ribadito il valore spettante ad una nozione la quale pare avere preso ormai le fattezze di una metanorma sull'interpretazione.

⁶²¹ Cfr. Corte giust. UE, 17 dicembre 2009, C-227/08, *Eva Martín Martín c. EDP Editores SL*.

⁶²² Parte della dottrina suggerisce, al riguardo, di parlare di un *hybridisation approach* per etichettare una stagione di contaminazione delle forme protettive, nella quale è sempre più recessivo il valore concorrente dell'autonomia procedurale degli Stati membri. Cfr. **GAVRILOVIC N.**, *The Unfair Contract Terms Directive through the practice of the Court of Justice of the European Union: interpretation or something more?*, in *Eur. Rev. contr. Law*, 2013, 175 ss.

Ebbene, si può notare nella giurisprudenza comunitaria una tendenza verso la funzionalizzazione di rimedi esistenti piuttosto che verso la creazione di nuovi rimedi, ed in particolare verso quel rimedio che guidi l'azione del consumatore visto quale artefice della propria azione massimizzante⁶²³.

Certamente un approccio di questo tipo ha molte implicazioni rilevanti, sol che si pensi, ad esempio, a casi come *Weber GmbH v Jürgen Wittmer and Ingrid Putz c. Medianess Electronics GmbH*, dove viene affermata una rigida responsabilità del professionista, che non può opporre il rifiuto alla sostituzione del bene non conforme quando questa sia il solo rimedio possibile e quand'anche i costi per procedervi siano sproporzionati⁶²⁴, con le conseguenti interazioni tra queste vicende e la regola generale, e ulteriormente tra la regola così riletta e la disciplina dei singoli casi⁶²⁵.

Come anticipato, non sembra tuttavia inerente ad una simile impostazione di rilettura orientata della legislazione consumeristica, per come informata al combinato disposto degli artt. 38 e 47 della Carta, alcuna rivalutazione del consumatore in quanto persona.

Anzi, si può notare che la soggettività giuridica dei consumatori viene frantumata in vista dell'obiettivo di massimizzare l'efficienza del singolo scambio⁶²⁶, complice un contesto

⁶²³ Così **DENOZZA F.**, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit., in part. 19.

⁶²⁴ V. Corte giust. UE, 16 giugno 2011, C-65/2009 e C-87/2009, *Weber GmbH v Jürgen Wittmer and Ingrid Putz c. Medianess Electronics GmbH*. Tuttavia, la Corte conclude nel senso che l'effettività della tutela non osta a che il diritto del consumatore al rimborso delle spese di rimozione del bene difettoso e di installazione del bene sostitutivo sia, in tal caso, limitato al versamento, da parte del venditore, di un importo proporzionato. Per una disamina critica si rinvia a **PAGLIANTINI S.**, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, in part. 211 ss.

⁶²⁵ Vedasi **LIPARI N.**, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, cit., in part. 2.

⁶²⁶ Come fa notare **DENOZZA F.**, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit., in part. 21, "il soggetto massimizzante non possiede alcuna personalità ed è perciò totalmente

normativo che fa sì che il consumatore semplicemente scelga tra questo o quel prodotto, e che, dunque, forgia una soggettività carente di individualità o tutt'al più composta di individualità anonime rappresentate in funzione dei costi transattivi propri di questa o quell'operazione economica^{627 628}.

Nell'ottica di un giudice comunitario visto come un custode del mercato, piuttosto che dei consumatori, sono particolarmente rilevanti pronunce come *Erika Jörös c. Aegon Magyarország Hitel Zrt*⁶²⁹, che propone un'interpretazione conforme praticata a mezzo di una restrizione teleologica della norma procedurale interna che stabilisce una preclusione.

Si possono ricordare anche a questo proposito, altresì, le pronunce *Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györfi* e *Banif Plus Bank Zrt c. Csaba Csipai and Viktória Csipai*⁶³⁰, sulla scia di un interventismo giudiziale favorevole al consumatore ma svolto secondo un canone

succube dei contesti in cui si trova ad operare. In un certo senso la specificità della sua soggettività si dissolve".

⁶²⁷ **PAGLIANTINI S.**, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in corso di pubblicazione.

⁶²⁸ Vedasi **NICOLUSSI A.**, *I consumatori*, in Nivarra L. (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008, in part. 438.

⁶²⁹ Cfr. C. Giust. UE, 30 maggio 2013, C-397/11, *Erika Jörös c. Aegon Magyarország Hitel Zrt*.

⁶³⁰ Rispettivamente C. Giust. UE, 4 giugno 2009, C-243/08, *Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Györfi*; C. Giust. UE, 21 febbraio 2013, C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt c. Csaba Csipai and Viktória Csipai*, pur passando per C. Giust. UE, 26 ottobre 2006, C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL*. e C. Giust. UE, 9 novembre 2010, C-137/08, *VB Pénzügyi Lízing Zrt. c. Ferenc Schneider*.

In dottrina, vedasi **PAGLIANTINI S.**, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, cit., in part. 3 ss., 68 ss. e 118 ss.

bilanciante i poteri officiosi con il principio del contraddittorio⁶³¹, ed ancora *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. Invitel Távközlési Zrt.*^{632 633}.

Da detto percorso appare scaturire un innalzamento del livello di tutela, tramite un'effettività che indirizza la protezione del consumatore, ma che si propone come fine ultimo, in una società "a crescita obbligatoria"⁶³⁴, il mercato.

Una dottrina⁶³⁵ ha rilevato che, almeno rispetto al campo di operatività della dir. 93/13/CEE, il canone di un'interpretazione comunitariamente orientata al rimedio effettivo ha ormai avviato un processo di trasfigurazione delle norme dispositive, se non dando luogo ad una loro conversione in cogenti quantomeno impregnandole di una venatura cripto – imperativa⁶³⁶.

Detto risultato non si è ottenuto in via diretta – sebbene sia vero che *Mohamed Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)* e *Constructora Principado SA c. José Ignacio Menéndez Álvarez* sembrano identificare il significativo squilibrio, causa di vessatorietà

⁶³¹ Vedasi la questione, ancora pendente presso la Corte di Giustizia, *ERSTE Bank Hungary Zrt.*, C-32/14.

⁶³² Cfr. C. Giust. UE, 26 aprile 2012, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. Invitel Távközlési Zrt.*, cit.

⁶³³ Stessa sorte potrebbe attendere il procedimento spagnolo di ingiunzione di pagamento, nella causa ancora pendente presso la Corte di Giustizia, *Finanmadrid E.F.C.*, C-49/14. Vedasi **PAGLIANTINI S.**, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in corso di pubblicazione.

⁶³⁴ Vedasi **COSI G.**, *Il debito: un fenomeno patologico?*, in *Studi Senesi*, CXXV, (III Serie, LXII), 2013, 229 ss..

⁶³⁵ **PAGLIANTINI S.**, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in corso di pubblicazione.

⁶³⁶ Sul principio dispositivo, in particolare nei suoi rapporti con l'autonomia privata, si rinvia a **GRONDONA M.**, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011, in part. 195 ss.

della clausola, nell'abusivo discostarsi dalla disciplina dispositiva⁶³⁷ – bensì in modo indiretto e, segnatamente, tramite la deselezionazione di quelle versioni nazionali della non vincolatività, di cui all'art. 6 della direttiva, comportanti dei rimedi di contrasto alle clausole abusive privi di efficacia deterrente o non abbastanza dissuasivi.

In questo contesto, non è soltanto la riduzione conservativa ad essere epurata⁶³⁸, ma qualsiasi tecnica che si sostanzia in una *reductio ad validitatem* del contratto, in quanto mitigare la clausola vessatoria, anziché eliminarla, continua ad esporre il consumatore agli effetti di questa.

Infatti, eliminare gli effetti eccessivi, conservando la clausola per il resto, non assicurerebbe l'effettività oggettiva della tutela, mentre una nullità che elimina ovvero che "*corregge ma non sostituisce*"⁶³⁹, eliminando dei costi transattivi, sarebbe di ausilio alla razionalità limitata del consumatore.

Tale tendenza ostracizzante verso forme di frazionamento *ad validitatem* di ciò che sarebbe nullo perché abusivo, dopo essere passata per le pronunce *Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino* e *Dirk Frederik Asbeek Brusse and Katarina de Man Garabito c. Jabani BV*⁶⁴⁰, è infine approdata, come anticipato, nella *Kásler*.

⁶³⁷ Dello stesso tenore, rispetto all'abusività di una clausola di risoluzione anticipata di un mutuo ipotecario di lunga durata, potestativamente condizionata al mancato pagamento di una sola rata, è Corte giust. UE, 14 novembre 2013, C-537/12 e C-116/13, *Banco Popular Español SA c. Maria Teodolinda Rivas Quichimbo, Wilmar Edgar Cun Pérez e Banco de Valencia SA c. Joaquín Valldeperas Tortosa, María Ángeles Miret Jaume*, cit., punto 70.

⁶³⁸ Vedasi **RIZZO V.**, *Le 'clausole abusive' nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994.

⁶³⁹ Cfr. **CASTRONOVO C.**, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469 s.

⁶⁴⁰ C. Giust. UE, 14 giugno 2012, *Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*, cit., e C. Giust. UE, 30 maggio 2013, *Dirk Frederik Asbeek Brusse and Katarina de Man Garabito c. Jabani BV*, cit. In tema, vedasi **D'AMICO G., PAGLIANTINI S.**, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2013, in part. 67 ss. e 213 ss.

In buona sostanza, da questa interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 6 si possono enucleare alcune regole operazionali.

Anzitutto, l'integrabilità è esclusa, sebbene vi sia una norma dispositiva che vi potrebbe provvedere, quando il contratto sia autosufficiente, perché soltanto una disapplicazione pura è funzionale ad una lotta sistematica all'inserimento di clausole predisposte abusive⁶⁴¹.

Tuttavia, l'apparato delle norme dispositive, *prima facie* messo tra parentesi perché l'integrabilità è bandita, in realtà acquista una valenza prioritaria in quanto, se il non integrare spoglia il professionista anche di quell'utilità minima assicurategli dalle norme suppletive, è *in re ipsa* che da detta impostazione derivi la compressione della prassi derogatoria del diritto dispositivo tradottasi nell'imposizione sistematica di un contenuto contrattuale abusivo^{642 643}.

Dunque, si può affermare⁶⁴⁴ che si tratta di un diritto dispositivo il quale, nell'area della contrattazione asimmetrica, si può etichettare come cripto – imperativo, purchè si tenga presente che alla base di questo orientamento vi è pur sempre il valore dell'effettività

⁶⁴¹ **PAGLIANTINI S.**, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, in corso di stampa.

⁶⁴² Vedasi Cass. 3 aprile 2013, n. 8167, cit. sulla *vexata quaestio*, in tema di contratti conclusi fuori dei locali commerciali e relativi a strumenti finanziari, della facoltà riconosciuta al consumatore di adire un giudice, diverso da quello del foro del consumatore di cui all'art. 63 cod. cons., competente per territorio in virtù di uno dei criteri posti dagli artt. 18, 19 e 20 c.p.c., senza che il suddetto giudice possa dichiararsi incompetente *ex officio* od accogliendo l'eccezione del professionista. Ciò, invero, andrebbe a svantaggio o verrebbe a creare un pregiudizio per il consumatore: si tratta, quindi, di un tipico esempio di inderogabilità unilaterale.

⁶⁴³ Si veda **D'AMICO G., PAGLIANTINI S.**, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, cit., in part. 121 ss.

⁶⁴⁴ **PAGLIANTINI S.**, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in corso di pubblicazione.

oggettiva della tutela giurisdizionale, letta in un modo premiale per un consumo c.d. responsabile⁶⁴⁵.

Difatti, l'idea della sanzione responsabilizzante che meglio serve il mercato, nella fattispecie la mancata imputazione degli interessi legali, torna in *Le Crédit Lyonnais SA*, sotto la forma di una decadenza omnicomprensiva che impedisce il prodursi di un beneficio a vantaggio del creditore il quale, se potesse fare affidamento sull'esigibilità di interessi legali maggiorati, non avrebbe invero alcun genere di incentivo ad ottemperare agli obblighi di legge⁶⁴⁶, con la conseguenza che nell'ambito del credito al consumo, producendosi degli scambi svantaggiosi, si registrerebbe un fallimento del mercato.

Perciò, in detta pronuncia viene confezionato chiaramente il rimedio in modo tale da eliminare gli ostacoli alla realizzazione di transazioni che potrebbero migliorare il benessere delle parti coinvolte^{647 648}.

⁶⁴⁵ Così, *inter alios*, **MODICA L.**, *Profili giuridici del sovra indebitamento*, Napoli, 2012, in part. 228.

⁶⁴⁶ Invero, in tal modo si richiama un bilanciamento ispirato ad una logica di proporzionalità sostanziale. Difatti, la decadenza dai soli interessi convenzionali potrebbe essere dissuasiva se il debitore provvedesse al pagamento nel termine dei due mesi che vanno esenti dalla maggiorazione di 5 punti degli interessi; questa, però, è un'eventualità piuttosto remota vista l'insolubilità del consumatore, che non a caso è stata motivo per la proposizione di una domanda di condanna all'adempimento. Emerge, dunque, l'idea per cui il contesto fattuale, che conforma in realtà il regime dei rimedi, sia decisivo per vagliare il tasso di effettività della sanzione domestica. Inoltre, è pur vero che proprio l'inadempimento del professionista può aver dato causa all'eccessivo indebitamento del debitore, con tutta probabilità scarsamente solvibile da subito.

⁶⁴⁷ Così **DENOZZA F.**, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit., in part. 29.

⁶⁴⁸ Nell'economia di un'impresa, le passività certe sono preferite a quelle potenziali: le prime, infatti, in quanto misurabili contabilmente *ex ante*, sono programmabili, mentre le seconde, potendo risultare di un importo superiore alle attese, generano incertezza. Vedasi

L'effetto dissuasivo del rimedio, peraltro, costituisce un limite all'esercizio della libertà contrattuale del professionista, parcellizzando l'utilizzo di clausole che, in caso di trattativa, sarebbero invece perfettamente lecite.

Si registra, pertanto, una specialità del diritto dei consumi, che lo rende in prima battuta insensibile alla regola di diritto comune, concepita per dei contraenti che, non essendo asimmetrici, non presentano il problema del consumatore il quale, invece, versa in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il grado di informazione^{649 650}.

Si può osservare, inoltre, che alla base della riluttanza della Corte ad ammettere un potere di revisione giudiziale che si sostituisca all'applicazione dello *strictum ius*, pare esservi l'idea del diritto dispositivo come normativa ispirata ad un principio di giustizia.

D'altronde, è pur sempre vero che il tredicesimo considerando della dir. 1993/13/CEE assimila, seppure ai fini dell'esonero dal giudizio di abusività, le previsioni c.d. suppletive a quelle imperative⁶⁵¹.

CAVAZZONI G., *Clausole vessatorie ed oneri per le aziende*, in AA. VV., *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2014, in part. 105.

⁶⁴⁹ Cfr. C. Giust. UE, 14 marzo 2013, *Mohamed Aziz c. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, cit., punto 44 e C. Giust. UE, 14 giugno 2012, *Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*, cit., punto 39.

⁶⁵⁰ **CAVAZZONI G.**, *Clausole vessatorie ed oneri per le aziende*, cit., in part. 105 e 108. Se non si integra per via dispositiva, invero, si giunge a reimpostare il rapporto tra diritto comune e disciplina di settore, non più modellabile unicamente sul canovaccio di un diritto primo operante in funzione completa – suppletiva del diritto secondo.

⁶⁵¹ Sebbene la presunzione che le norme dispositive dettino un equilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti non legittimi l'illazione che l'interpolare per un richiamo espresso, in un contratto rimesso all'autonomia delle parti, una clausola riproduttiva di una disposizione di legge tipica di un contratto viceversa regolamentato, renda immune la suddetta clausola da una qualsiasi forma di abusività. Insomma, il perimetro dell'art. 1, § 2, dir. 1993/13/CEE, appare particolarmente ristretto. Per di più, la citata esimente non vale per tutte le norme dispositive ma soltanto per quelle, stando al 13° considerando della direttiva 93/13 (v.edasi

Tale assunto è ripreso dalla *Barclays Bank SA c. Sara Sánchez García*⁶⁵².

Un sinallagma contrattuale conforme al dato di legge, in linea di massima, è estraneo all'ambito di applicazione della direttiva 93/13, se non si lamenta l'utilizzo di una clausola predisposta che restringa o modifichi il perimetro normativo contestato.

È detto sinallagma che il legislatore dell'Unione ha esplicitamente deciso di garantire giusto il disposto dell'art. 1, § 2 della direttiva 93/13.

Poichè la dir. 93/13/CEE ha come scopo la tutela di un interesse al contratto e non al recesso, la funzione integrativa del diritto dispositivo è destinata a riemergere quando la disapplicazione pura della clausola finirebbe per importare il caducarsi del contratto ovvero per renderne impossibile l'esecuzione, esponendo così il consumatore ad una tutela che, in realtà, non sarebbe tale: tale effetto paradossale sarebbe l'esatto opposto del modello di disciplina accreditato dagli artt. 38 e 47.

Il problema è che, come si nota in *Kásler Árpád*⁶⁵³, integrazione ed effettività della tutela giurisdizionale, quando la lacuna involge un *essentiale negotii* dispositivamente regolato, sono in linea di massima un binomio inscindibile. Altrimenti, se il contratto nel quale figura la

Cass. 21 maggio 2008, n. 13051), che regolino clausole di contratti con i consumatori. Pertanto (cfr. Cass. 18 agosto 2011, n. 17360) certe disposizioni – dall'art. 118 (vecchio testo) t.u.b. all'art. 1924, comma 2, c.c. – non rilevano, giacché regolano anche i contratti con soggetti diversi dai consumatori. Inq uesto caso, sarà soltanto la prova di una specifica trattativa individuale che varrà ad escludere la vessatorietà. Ne risulta un'interpretazione restrittiva dell'art. 34, comma 4, cod. Cons., che valorizza il canone della *best consumer protection* in un contesto ove sono sempre più le norme transtipiche, pensate cioè per il cliente, di quelle tipiche, concepite invece per il solo consumatore.

⁶⁵² V. Corte Giust. UE, 30 aprile 2014, C-280/13, *Barclays Bank SA c. Sara Sánchez García, Alejandro Chacón Barrera*, in particolare ove essa evidenzia che le questioni pregiudiziali contestate, seppur sospette di un troppo marcato *favor creditoris*, sono norme e non clausole.

⁶⁵³ La dir. 1993/13/CEE ha come fine la formalizzazione di un equilibrio reale, volto a ristabilire l'uguaglianza tra le parti e non ad annullare qualsiasi contratto contenente clausole abusive.

clausola essenziale abusiva fosse di finanziamento, il risultato che si verrebbe ad avere sarebbe quello di un caducarsi del titolo importante per il consumatore l'obbligo coevo di una restituzione immediata della somma mutuata; e siccome il consumatore mutuatario, anche senza supporre che esso versi in una situazione di precarietà finanziaria, è un soggetto che manca solitamente della liquidità necessaria ad una restituzione immediata, è *in re ipsa* che una nullità totale causerebbe anche l'assoggettamento del consumatore a quel procedimento di esecuzione che inverte la garanzia reale associata normalmente al prestito. Insomma, nel periodo argomentativo della Corte, il ricorso al diritto dispositivo rileva come forma manifestativa di un'integrazione del contratto intesa come momento nel quale si concretizza il diritto ad un rimedio effettivo.

Se infatti la sostituzione, sebbene possibile, non fosse consentita, la stessa “*efficacia dissuasiva della sanzione della nullità [parziale] rischierebbe di essere compromessa*”⁶⁵⁴.

Vero è che la caducazione del contratto, con le sue conseguenze restitutorie, non incentiva certo il consumatore a denunciare la clausola abusiva, intaccando così la stessa finalità deterrente dell'art. 7.

Non varrebbe, invero, ad evitare questo effetto di depotenziamento della nullità, affermare che la rilevabilità officiosa, in quanto deve essere a vantaggio del consumatore, andrebbe esclusa proprio nei casi di possibile nullità totale⁶⁵⁵; difatti, detto argomento non concerne il caso nel quale sia il consumatore a voler domandare la nullità della clausola essenziale.

Tutto ciò, peraltro, sembra poter avvalorare quell'idea di una vocazione dell'art. 1374 c.c. a porsi quale norma deputata ad emendare tanto le lacune contrattuali originarie quanto quelle sopravvenute; in particolare, alle prime corrisponderebbe un'autonomia contrattuale

⁶⁵⁴ Così le conclusioni dell'avvocato generale Wahl, § 102.

⁶⁵⁵ Tale è l'impostazione di **DI MARZIO F.**, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, in part. 229.

che si è determinata a non disporre, alle seconde un'autonomia unilaterale che si è manifestata abusivamente⁶⁵⁶.

D'altra parte, si è fatto notare, la riesplorazione del diritto dispositivo richiama direttamente quell'immagine di un art. 1374 c.c. tacitamente modificato che una parte della dottrina aveva intuito essere un effetto della dir. 93/13/CEE, non intaccante, nella sua recezione domestica, la nozione di buona fede ma quella di un'equità implementata poiché arricchitasi di una funzione correttiva⁶⁵⁷. Detta riflessione, riferita evidentemente all'allora art. 1469-*bis* c.c., deve essere oggi svolta rispetto all'art. 33, comma 1, cod. cons., da intendersi come una disposizione che non intacca la valenza di mera regola di condotta della *bona fides* proprio perché questa, nell'economia dell'articolo, va piuttosto rappresentata come una figura che prende a suo contenuto un'equità fondante la nullità delle clausole vessatorie⁶⁵⁸.

Le pronunce della Corte di giustizia, invero, pongono in evidenza l'aspetto rimediante dell'integrazione, avendo evidentemente sullo sfondo un art. 1374 c.c. divenuto un'appendice dell'effettività, quale riverbero di un'interpretazione comunitariamente orientata che aggiunge una *ratio* ulteriore in questa norma⁶⁵⁹.

⁶⁵⁶ Vedasi **D'AMICO G., PAGLIANTINI S.**, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, cit., in part. 241 ss.

⁶⁵⁷ Cfr. **MENGONI L.**, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, ora in Castronovo, Albanese e Nicolussi (a cura di), *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, Milano, 2011, in part. 352, che vede, nella disciplina consumeristica, un caso di nullità per iniquità. Cfr. pure **GAZZONI F.**, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2006, p. 794.

⁶⁵⁸ Vedasi **D'AMICO G., PAGLIANTINI S.**, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, cit., in part. 91 ss. e 258 ss.

⁶⁵⁹ Così si spiegherebbe anche perché il binomio integrabilità/non integrabilità segue uno schema che dipende dalla fattispecie: come si legge in *Kásler Árpád*, difatti, la nullità totale tende di massima a penalizzare il consumatore piuttosto che il professionista, il quale non sarebbe dissuaso dall'inserire siffatte clausole nei contratti da esso proposti. Invero, si potrebbe parlare di un vero e proprio *ius commune* dell'integrazione contrattuale nei rapporti b2c (Cfr. **PAGLIANTINI S.**, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto*

Nel contesto che si è cercato di delineare, tuttavia, appare ancora aperta la questione del *quid iuris* nel caso⁶⁶⁰ in cui la clausola vessatoria sia essenziale ed il diritto dispositivo non provveda ad eliminare la lacuna sopravvenuta.

La trasparenza di una clausola, dunque, per come intesa, ad esempio, sia in *RWE Vertrieb* che in *Kásler Árpád*, è divenuta sinonimo di idoneità della stessa a lasciar prevedere il livello di rischio o di spesa di un'operazione, onde possa aversi una scelta negoziale consapevole. La pronuncia *Constructora Principado SA*, nel riprendere quest'interpretazione, lega la fondamentale importanza dell'informazione alla decisione sul vincolo: pertanto trasparente, alla luce anche dell'art. 38 CDFUE, è destinata a risultare soltanto quella clausola mediante la quale, non *in abstracto* ma sulla base di uno scrutinio in concreto, sarà possibile svolgere analisi pratiche accurate di tutte le voci di costo originate dal contratto⁶⁶¹.

D'altronde, non ci si può più limitare a “rendere trasparente attraverso l'analisi dei prezzi”⁶⁶² la concorrenza; è l'informazione che supplisce, ovviando così all'incertezza del consumatore, quando l'importo di una prestazione risulti calcolabile *ex post*, sulla portata dell'impegno contratto. Un prezzo totale che non sia comprensivo delle imposte e delle spese aggiuntive di spedizione e consegna è, infatti, da considerarsi un prezzo a sorpresa.

europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme, in corso di pubblicazione).

⁶⁶⁰ E' assai frequente la declaratoria di vessatorietà di queste clausole, complice una prassi giurisprudenziale che, di volta in volta, o ne certifica l'intrasparenza lessicale ovvero ne sentenzia l'intrasparenza in senso giuridico, sulla premessa che *conditio sine qua non* per la chiarezza della clausola sia la sua attitudine a rendere edotto il consumatore di tutti i vantaggi ed i costi del contratto sottoscritto.

⁶⁶¹ E se una clausola dovesse contenere informazioni false o inesatte, in quanto il TAEG è stato erroneamente calcolato, sarà per ciò stesso oggetto di controllo sostanziale ai sensi dell'art. 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13, se non è formulata in modo chiaro e comprensibile.

⁶⁶² **BARCELLONA P.**, *Lo spirito dei tempi*, in Vettori G. (a cura di), *Contratto e Costituzione in Europa*, a cura di Vettori, Padova, 2005, in part. 37.

La norma generale sull'informazione precontrattuale, contenuta nell'art. 5, lett. c, dir. 2011/83/UE⁶⁶³, sembra sancirlo chiaramente.

È soltanto, difatti, l'illustrazione del funzionamento in concreto di questa o quella clausola, di modo che il consumatore riesca a valutare sul fondamento di criteri, precisi ed intelligibili, le conseguenze economiche di un certo scambio, a rivelare quanto sia informato e, dunque, consapevole, il consenso prestato.

D'altra parte, un mercato concorrenziale presuppone prezzi trasparenti; e se questi non lo sono, a non essere più garantito è proprio il giusto prezzo di mercato⁶⁶⁴.

Dette argomentazioni, comunque, possono essere rapportate all'art. 4, § 2 della direttiva 93/13, dal momento che un'interpretazione siffatta della regola generale di trasparenza non può non valere *a fortiori* per il caso nel quale il binomio chiarezza e comprensibilità eviti subdolamente il giudizio di abusività.

Ne consegue che, se l'eccezione dell'art. 4 citato funziona soltanto quando il consumatore ha la possibilità effettiva di prendere conoscenza di tutte le clausole del contratto – intesa come rappresentabilità della previsione di spesa complessiva occasionata dall'operazione – poiché ignorare certe conseguenze economiche potenzialmente significative può falsare la decisione di vincolarsi alle condizioni preventivamente redatte dal professionista, l'esimente dell'art. 34, comma 2 cod. cons. finisce per vedere ristretto il proprio campo applicativo e quindi per moltiplicare le occasioni nelle quali, rispetto ad una clausola principale, si può porre un problema di lacuna successiva⁶⁶⁵.

⁶⁶³ Cfr. l'art. 48, comma 1°, lett. c) cod. cons. Sulla questione si fa rinvio a **PAGLIANTINI S.**, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d. lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *Contratti*, 2014, in corso di stampa.

⁶⁶⁴ Cfr. **BARCELLONA P.**, *Lo spirito dei tempi*, in Vettori G. (a cura di), *Contratto e Costituzione in Europa*, a cura di Vettori, Padova, 2005, in part. 37.

⁶⁶⁵ Vedasi **LLAMAS POMBO E.**, *Ordinamento spagnolo e clausole vessatorie*, in AA. VV., *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2014, in part. 104.

Detta lacuna, invero, se non soccorrono delle norme imperative testuali regolanti le conseguenze della espunzione (per esempio, l'art. 125-*bis*, comma 7 T.U.B. ovvero l'art. 49, comma 6 cod. cons.)⁶⁶⁶, potrà essere arginata soltanto a mezzo di un'interpretazione integrativa.

Per questa via, peraltro, potrebbe venire in evidenza l'idea di un'equità integrativa in funzione conservativa e non correttiva.

Si aprirebbero, inoltre, nuovi interessanti scenari e rimarrebbe così delineato un peculiare angolo di osservazione sulle tendenze della giurisprudenza comunitaria.^{667 668 669 670}

⁶⁶⁶ A questo caso si riferiva C. Giust. UE, 15 marzo 2012, *Jana Pereničová, Vladislav Perenič c. SOS financ. spol. s r. o.*, cit., ai sensi della quale se il contratto emendato, ove non si profili un'eccezione nazionale secondo il disposto di cui all'art. 8 dir. 1993/13/CEE, può essere mantenuto, perché soccorre una norma imperativa *ad hoc* – nello specifico l'equivalente dell'art. 125 bis, comma 7, t.u.b.- che coattivamente lo integra. Si può dunque parlare, come già evidenziato da C. Giust. UE, 27 febbraio 2014, *Pobotovost' s. r. o. c. Miroslav Vašuta*, cit., di una parzialità risultante da una conformazione automatica in senso forte del contratto. Vedasi **PAGLIANTINI S.**, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in corso di pubblicazione.

⁶⁶⁷ A tal fine, si dovrebbe ipotizzare, sul sottinteso di un art. 36, comma 1 cod. cons. tutelante l'interesse al contratto, che la nullità totale non operi al delinarsi dell'ipotesi di cui all'art. 1418, comma 2 c.c. ma allorché la vicenda integrativa darebbe luogo ad uno squilibrio sopravvenuto del sinallagma. Ciò, peraltro, finirebbe per arricchire di un'ulteriore variabile un quadro normativo europeo che già conosce previsioni edittali contemplanti una vessatorietà per opacità o mancata chiarezza della clausola predisposta (vedasi **PAGLIANTINI S.**, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, in part. 206 ss.).

⁶⁶⁸ Per di più un art. 1374 c.c. così riletto parrebbe rafforzato dalla circostanza che il giudice, come si legge nelle conclusioni dell'avvocato generale Wahl sul caso *Kasler*, nell'atto di integrare l'equilibrio contrattuale secondo una buona fede trasfigurata in equità, non si trova ad esercitare un "*potere di sostituzione ... illimitato*". Quella che si delinea è un'integrazione tendente "*unicamente a ristabilire una certa parità tra i professionisti e i consumatori loro contraenti*" (§ 104 delle menzionate conclusioni).

Invero, se non si vuol fare questione di una nullità del contratto per difetto sopravvenuto di un suo elemento essenziale, poiché ciò causerebbe un'ineffettività della tutela, l'art. 1374 c.c. potrebbe rivelarsi molto utile al cospetto di un art. 1339 c.c. costantemente inteso dalle Corti come una norma avente natura eccezionale

⁶⁶⁹ In secondo luogo, resta da studiare (vedasi **PAGLIANTINI S.**, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in corso di pubblicazione) cosa succederebbe se la lacuna successiva dovesse materializzarsi in un contratto b2b (Cfr. **SCODITTI E.**, *Caducazione della clausola vessatoria e sopravvivenza del contratto: ricorso alla clausola implicita?*, in www.giustiziacivile.com). Detto interrogativo conduce, del resto, a domandarsi se la subalternità dell'interpretazione integrativa ad un'integrazione di legge valga anche nell'area della contrattazione b2b.

⁶⁷⁰ L'effettività della tutela giurisdizionale, poichè non esistono regole valide in ogni caso (così **TROCKER N.**, *Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia*, cit., in part. 364) ha più canoni: non a caso, in C. Giust. UE, 3 ottobre 2013, causa 32/12, *Soledad Duarte Hueros v Autociba SA, Automóviles Citroën España SA*, quella rilevabilità officiosa, che ha un sicuro tratto obbligatorio quando si fa questione di clausole abusive, rimane una semplice facoltà del giudice, come già era accaduto in sede di credito ai consumatori (C. Giust. UE, 4 ottobre 2007, C-429/05, *Max Rampion and Marie-Jeanne Godard, née Rampion c. Franfinance SA and K par K SAS*.) e di contratti negoziati fuori dei locali commerciali (C. Giust. UE, C-227/08, *Eva Martín Martín v EDP Editores SL*). Ma *Soledad Duarte Hueros v Autociba SA, Automóviles Citroën España SA* ha per oggetto la garanzia di conformità nella vendita retta dalla dir. 1999/44/CE, contesto nel quale la tutela consumerista mostra delle peculiarità in quanto tutta concentrata sul momento dell'esecuzione e senza che l'inferiorità del consumatore debba rapportarsi ad un abuso precontrattuale del professionista. E' pur vero che l'ambiguità lessicale della decisione è tale che si potrebbero nutrire dei dubbi sulla sua carica di *full effectiveness*. Non è chiaro, infatti, se la facoltà officiosa di riduzione del prezzo sia tutta interna ad un codice di rito spagnolo che vieta la *mutatio libelli* ed impedisce una nuova domanda in un altro procedimento in nome del principio di cosa giudicata ovvero ne prescinde. In altri termini, non è chiaro se le preclusioni del processo civile spagnolo valgano come condizioni pregiudiziali ovvero quale mera occasione, se si tratti perciò di una rilevabilità officiosa che opera quand'anche ovvero ove ricorrano determinati presupposti: se infatti gli impedimenti di rito giocassero da *conditio sine qua non* della rilevabilità, la portata della decisione ne sortirebbe alquanto

anestetizzata, non potendo farsi questione di una facoltà del giudice sempre e comunque possibile quali che siano le legislazioni procedurali nazionali.

In realtà, quale che sia l'interpretazione da preferire, rimane il fatto che il principio dispositivo è a rischio di contraddizioni in un contesto in cui vi è un giudice che agisce a tutela del consumatore, un giudice cui soltanto compete apprezzare il miglior risultato utile per un soggetto vulnerabile. Detta vulnerabilità va intesa, quindi, nel senso di un'inferiorità reclamante un contropotere giudiziario vigilante sul rispetto, ad opera di tutti i differenti attori, delle previsioni regolative del mercato. Invero, una riduzione del prezzo officiosa ha dalla sua un vantaggio empirico innegabile, in quanto, seppure fosse possibile avviare un nuovo processo nel quale domandare la suddetta riduzione, concedendola si evita al consumatore di perdere tempo e denaro. Inoltre, in una dimensione assiologica efficientista, che mira a responsabilizzare il professionista a tutela del mercato perché il consumatore non è più di tanto responsabilizzabile, la riduzione *ex officio* del prezzo non è di marginale spessore (vedasi **PAGLIANTINI S.**, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in corso di pubblicazione).

BIBLIOGRAFIA

ALESSI R., Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jórös e Asbeek Brusse, in www.juscivile.it, 2013

ALESSI R., I doveri di informazione, in Castronovo C., Mazzamuto S. (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 391 ss.

ALPA G., *Il contratto in generale*, Torino, 1999

ALPA G., *La trasparenza dei contratti bancari*, Bari, 2003

ALPA G., La “trasparenza” del contratto nei settori bancario, finanziario e assicurativo, in *Giur. it.*, 1992, 10, 411 ss.

ALPA G., *Status e capacità*, Bari-Roma, 1993

ANNUNZIATA F., *Regole di comportamento degli intermediari e riforme dei mercati mobiliari*, Milano, 1993

ANTONUCCI A., Credito al consumo e zone limitrofe. Una scheda di lettura del d. legisl. n. 141 del 2010, in *Nuova giur. civ.*, 2011, II, 302 ss.

ANTONUCCI A., *Diritto delle banche*, 4 ed., Milano, 2009

AZZARO AM, *I contratti “non negoziati”*, Napoli, 2000

BARCELLONA M., I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell’orizzonte europeo, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 55 s.

BARCELLONA P., Lo spirito dei tempi, in Vettori G. (a cura di), *Contratto e Costituzione in Europa*, Padova, 2005

BARENGHI A., sub art. 1469-bis, in Barenghi A. (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996

BARTOLOMUCCI P., Le pratiche commerciali sleali ed il contratto: un’evoluzione del principio della trasparenza, in Minervini E., Rossi Carleo L. (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali*, Milano, 2007

BENUCCI S., sub art. 2, in Vettori G. (a cura di), Commentario Codice del Consumo, Padova, 2007, 32 ss.

BIGLIAZZI GERI L., L'interpretazione del contratto, Milano, 1991, 2013

BIGLIAZZI GERI L., L'interpretazione del contratto, in Commentario Cod. Civ. diretto da Schlesinger P., Milano, 1991, 340 ss.

BITETTO A., Il contratto di parcheggio: declino del potere normativo d'impresa e tutela del contraente debole nelle "quick hand transactions" (contratti di massa a conclusione rapida)!, in Foro it., 2004, I, 2133 ss.

BOCCHINI F., Tradizione e attualità nel diritto privato, Napoli, 2009

BOZZI L., Le clausole vessatorie sotto giudizio di abusività, in Riv. dir. civ., 2003, II, 548 ss.

BRECCIA U., La forma, in Granelli C. e a. (a cura di), Tr. Roppo, I, Formazione, Milano, 2006, 703 ss.

BRODI E., Dal dovere di far conoscere al dovere di far "comprendere": l'evoluzione del principio di trasparenza nei rapporti tra impresa e consumatori, in Banca borsa tit. cred., 2011, I, 246 ss.

BUSNELLI F.D., Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive, in Bianca C.M., Busnelli F.D. (a cura di), Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore (artt. 1469-bis – 1469.sexies), in Nuove leggi civ., 1997, 4-5, 768 ss.

BUSSOLETTI M., I destinatari della disciplina, in Ferro-Luzzi, Castaldi (a cura di), La nuova legge bancaria, Milano, 1996

CAFAGGI F., Attuazione della direttiva n. 450/85/CEE in materia di pubblicità ingannevole, in Leggi civ. Comm., 1993, 691 ss.

CALLEGARI M., in Callegari M., Cavalli G., *Lezioni sui contratti bancari*, 2 ed., Bologna, 2011

CALVARI F., *Equilibrio normativo ed equilibrio economico nei contratti dei consumatori: dialogo tra la giurisprudenza italiana e tedesca*, in *Contr. impr.*, 2004, 1, 40 ss.

CAMARDI C., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur dir. priv.*, 2008, 840 ss.

CANEPA A., sub art. 1362, in Cendon P. (a cura di), *Commentario al codice civile*, Torino, 1991, 223 ss.

CAPOBIANCO E., *I contratti delle banche: trasparenza ed equilibrio nei rapporti con la clientela*, in *Dir. banc.*, 2002, 198 ss.

CAPODANNO M., *L'interpretazione del contratto*, Padova, 2006

CAPPUCCIO R., *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Il nuovo dir.*, 2002, II, 563 ss.

CARATELLI M., *La trasparenza tra banche e clienti*, Milano, 2006

CARRESI F., *Dell'interpretazione del contratto. Art. 1362-1371*, in Galgano F. (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Libro Quarto – Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1992, 1 ss.

CASELLA M., voce *Negoziio giuridico (interpretazione)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 16 ss.

CASOLA M., sub 1469 ter, in Barengi A. (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996, 133 ss.

CASTRONOVO C., *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, 469 ss.

CASTRONOVO C., *La responsabilità precontrattuale*, in Castronovo C., Mazzamuto S. (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 341 ss.

CASTRONOVO C., Profili della disciplina nuova delle clausole cd. vessatorie cioè abusive, in Eur. dir. priv., 1998, 20 ss..

CAVAZZONI G., Clausole vessatorie ed oneri per le aziende, in AA. VV., Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13, Napoli, 2014

CERQUETTI P., Le regole dell'interpretazione tra forma e contenuto del contratto, Perugia, 2008

CIAN G., Forma solenne e interpretazione del negozio, Padova, 1969

COLAVOLPE A., Operazioni e servizi bancari e finanziari: i controlli della Banca d'Italia in materia di trasparenza delle condizioni contrattuali, in Riv. dir. priv., 2004, 661 ss.

COMOGLIO L.P., Aspetti processuali della tutela del consumatore, in Riv. dir. proc., 2007, 307 ss.

COMOGLIO L.P., Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1994, 1070 ss.

COMOGLIO L.P., Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile, in Riv. dir. proc., 2008, 1509 ss.

CONSOLO C., Poteri processuali e contratto invalido, in Eur dir priv, 2010, 941 ss.

CORDERO MOSS G., L'uso di clausole contrattuali sviluppate in tradizioni giuridiche diverse in Ferreri S. (a cura di), Falsi amici e trappole linguistiche, Torino, 2010, 134 ss.

COSI G., Il debito: un fenomeno patologico?, in Studi Senesi, CXXV, (III Serie, LXII), 2013, 229 ss.

COSTANZA M., voce Interpretazione dei negozi di diritto privato, in Dig. disc. priv, Sez. civ., X, 27 ss.

COSTANZA M., Note introduttive. Coordinamento tra vecchia e nuova disciplina, in Bianca C.M., Busnelli F.D. (a cura di), Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore (artt. 1469-bis – 1469.sexies), in Nuove leggi civ., 1997, 4-5, 792 ss.

COSTI R., Informazione e contratto nel mercato finanziario, in Riv. trim. dir. proc. Civ., 1993, 3, 719 ss.

COSTI R., L'ordinamento bancario, 4 ed., Bologna, 2007

CRESPI S., L'interpretazione della corte di giustizia e i suoi limiti: l'esempio della giurisprudenza europea in materia di clausole abusive nei contratti con i consumatori, in Biscotti B., Borsellino P., Pocar V., Pulitanò D. (a cura di), La fabbrica delle interpretazioni. Atti del VII convegno della facoltà di giurisprudenza Università degli studi di Milano-Bicocca, 19-20 novembre 2009, Milano, 2012, 159 ss.

CRISCUOLO F., Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete, Napoli, 2003

D'ADDA A., Giurisprudenza comunitaria e massimo effetto utile per il consumatore: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto, in I contratti, 2013, 16 ss.

D'ADDA A., Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva, in www.dimt.it.

D'ADDA A., Nullità parziale del contratto e tecniche di adattamento del contratto, Padova, 2008

D'ADDA A., Regole dispositive in funzione «conformativa» ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?, in Bellavista – Plaia (a cura di), Le invalidità del diritto privato, Milano, 2011, 385 ss.

D'AMICO G., L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo, in D'Amico G., Pagliantini S., Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi, Torino, 2013

D'AMICO G., Nullità virtuale – Nullità di protezione. Variazioni sulla nullità, in Pagliantini S. (a cura di), Le forme della nullità, Torino, 2009

D'AMICO G., Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996

D'AMICO G., PAGLIANTINI S., Nullità per abuso ed integrazione del contratto, Torino, 2013

DE CRISTOFARO G., Il “Codice del Consumo”, in Nuove leggi civ., 2006, 815 ss.

DE CRISTOFARO G., Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale “sleale” e i parametri di valutazione della “slealtà”, in De Cristofaro G. (a cura di), Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano, Torino, 2007, 135 ss.

DE CRISTOFARO G., La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione “completa” delle disposizioni nazionali concernenti “taluni aspetti” dei “contratti di credito ai consumatori”, in Riv. dir. Civ., 2008, 276 ss.

DE CRISTOFARO G., La nuova disciplina dei contratti di credito dei consumatori e la riforma del t.u. bancario, in I contratti, 2010, 11, 42 ss.

DE CRISTOFARO G., Le modifiche apportate dalla legge comunitaria 1999 al capo XIV-bis del titolo II del libro IV del codice civile: ultimo capitolo della tormentata vicenda dell'attuazione della direttiva 93/13/CEE?, in Studium iuris, 2000, 4, 398 ss.

DE CRISTOFARO G., L'inserimento nel BGB della disciplina delle condizioni generali di contratto, in Cian G. (a cura di), La riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti, Padova, 2004, 328 ss.

DELLA NEGRA F., Il diritto del consumatore ed i consumatori nel quadro giuridico europeo. Alcuni spunti di riflessione sui recenti orientamenti della CGUE, in Persona e mercato, 2013, 4, 309 ss.

DELLA VEDOVA I., sub art 167, in De Cristofaro G. e Zaccaria A. (a cura di), Commentario breve al diritto dei consumatori, Padova, 2010, 1638 ss.

DE NOVA G., Considerazioni introduttive, in Bianca C.M., Alpa G. (a cura di), *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Padova, 1996, 305 ss.

DE NOVA G., voce *Contratti di impresa*, in *Enc. Dir.*, Annali IV, Milano, 2011, 247 ss.

DE NOVA G., *Il contratto alieno*, Torino, 2010

DE NOVA G., *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 705 ss.

DE NOVA G., *La novella sulle clausole vessatorie e la revisione dei contratti standard*, in *Riv. dir. priv.*, 1996, 222 ss.

DE NOVA G., *Le clausole vessatorie: art. 25, legge 6 febbraio 1996, n. 52*, Ipsoa, 1996

DE NOVA G., *The law which governs this agreement is the law of the Republic of Italy: il contratto alieno*, in *Dir. comm. int.*, 2007, 1 ss.

DENOZZA F., *Aggregazioni arbitrarie v. “tipi” protetti: la nozione di benessere del consumatore decostruita*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 1057 ss.

DENOZZA F., *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. dir. comm.*, 2014

DE POLI M., *Il “contratto bancario” tra tutela della liquidità e trasparenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 291 ss.

DE POLI M., *La contrattazione bancaria. Tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, Milano, 2012

DE POLI M., sub art. 116, in De Cristofaro G., Zaccaria A. (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010

DE VITIIS C., sub art. 67 septiesdecies, in De Cristofaro G., Zaccaria A. (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2010, 593 ss.

DI AMATO A., *L’interpretazione del contratto di impresa*, Napoli, 1999

DI GIOVANNI D., *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998

DI GIOVANNI D., sub art. 1469 quater, in Gabrielli E., Minervini E. (a cura di), I contratti dei consumatori, in Trattato dei contratti, dir. da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2005, I, 375 ss.

DI GIOVINE G., sub art. 1469-quater, in Cesaro E. (a cura di), Clausole vessatorie e contratto del consumatore (art. 1469-bis e ss.), 3 ed., II, Padova, 2001, 572 ss.

DI MAJO A., Le tutele contrattuali, Torino, 2009

DI MAJO A., Libertà contrattuale e dintorni, in Riv. crit. dir. priv., 1995, 17 ss.

DI MARZIO F., Contratto illecito e disciplina del mercato, Napoli, 2011

DI SABATO D., Il documento contrattuale, Milano, 1998

DISTASO N., I contratti in generale, in Giurisprudenza Bigiavi, 1981, III, 1594 ss.

DOLMETTA A.A., Alcune osservazioni sui più recenti “condizionamenti” legislativi delle operazioni bancarie, in Banca impresa, 1994, 78 ss.

DOLMETTA A.A., Dal testo unico in materia bancaria e creditizia alla normativa sulle clausole abusive, in Diritto della banca e del mercato finanziario, 1994, 458 ss.

DOLMETTA A.A., Gli interventi normativi sul contenuto economico dei contratti bancari, in Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?, Atti del convegno tenutosi in San Miniato il 22 e 23 ottobre 2010, Torino, 2011

DOLMETTA A.A., La violazione di “obblighi di fattispecie” da parte di intermediari finanziari, in Contratti, 2008, 84 ss.

DOLMETTA A.A., Sulla nozione di “banca” e di “trasparenza”: spunti dal d.lgs. n. 141/2010, in dir. banc., 2011, 216 ss.

FARNETI M., La vessatorietà delle clausole “principali” nei contratti del consumatore, Padova, 2009

FERRO R., Nuove forme di nullità, Piacenza, 2002

FERRO R., LUZZI F., Il “giustificato motivo” nello jus variandi: primi orientamenti dell’ABF, in Banca borsa, 2011, I, 735 ss.

FERRO LUZZI P., Lezioni di diritto bancario, Torino, 2004

FORCHIELLI P., Clausole abusive e disciplina vigente dell’interpretazione, in Bianca C.M., Alpa G. (a cura di), Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L’attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 , Padova, 1996, 462 ss.

FRANCESCHELLI V., I contratti per adesione e l’interpretazione contro l’autore della clausola, in Bianca C.M., Alpa G. (a cura di), Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L’attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 , Padova, 1996, 465 ss.

GABRIELLI E., ORESTANO A., Contratti del consumatore, in Dig. Disc. Priv., Sez. civ., Agg., I, 2000, 235 ss.

GADAMER H.G., Verità e metodo, Tubinga, 1960, trad. it a cura Vattimo G., Milano, 2000

GAVRILOVIC N., The Unfair Contract Terms Directive through the practice of the Court of Justice of the European Union: interpretation or something more?, in Eur. Rev. contr. Law, 2013,175 ss.

GAZZONI F., Obbligazioni e contratti, Napoli, 2006

GENOVESE A., Contratto standard e interpretazione oggettiva, Milano, 2004

GENOVESE A., Il contrasto delle pratiche commerciali scorrette nel settore bancario. Gli interventi dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in Giur. comm., 2011, 200 ss.

GIAMMARIA P., sub art. 1469 quater, in Alpa G., Patti S. (a cura di), Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, in Il codice civile. Commentario fondato da Schlesinger P., diretto da Busnelli F.D., Artt. 1469-bis – 1469-sexies, Milano, 1997, 1015 ss.

GIORGIANNI M., *Principi generali sui contratti e tutela dei consumatori in Italia e in Germania*, Milano, 2009

GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008

GORGONI M., *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 4, 755 ss.

GORGONI M., *Sui contratti di finanziamento dei consumatori, di cui al capo II Titolo VI t.u.b., novellato dal Titolo I del d.lgs. n. 141 del 2010*, in *Giur. Mer.*, 2011, 323 ss.

GRASSETTI C., *Intorno al principio di gerarchia delle norme di interpretazione*, in *Foro it.*, 1941, I, 512 ss.

GRASSETTI C., *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1938

GRECO F., *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010

GRISI G., *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir., Annali IV*, 2011, 604 ss.

GRONDONA M., *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011

GRUNDMANN S., *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento*, in *Eur. Dir. priv.*, 2001, 257 ss.

GRUNDMANN S., *The general Clause or Standard in EC Contract Law Directives*, in Grundmann-Mazeaud (a cura di), *The general clauses and Standards in European Contract Law*, Kluwer, 2005

HOWELLS G., *The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information*, in *Journal of Law and Society*, 2005, 32, 357 ss.

IRTI N., *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 1139 ss.

IRTI N., Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile, Padova, 1996

JARACH A., Clausole vessatorie e contratti del consumatore, a cura di Cesàro, I, Padova, 1996, 471 ss.

LLAMAS POMBO E., Ordinamento spagnolo e clausole vessatorie, in AA. VV., Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13, Napoli, 2014

LAS CASAS A., MAUGERI M.R., PAGLIANTINI S., Recent trends of the ECJ on the assessment of unfairness of terms in consumer contracts: Aziz and Constructora Principado, in Eur. Rev. Contr. Law, 2014, in corso di stampa

LENER G., La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, in Foro it., 1996, V, 152 ss.

LIACE G., Le nuove istruzioni di vigilanza in tema di trasparenza bancaria, in Contratto e impresa, 2003, 1530 ss.

LIBERTINI M., Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette, in Contr. Impr., 2009, 105 ss.

LIOTTA G., Interpretazione del contratto e comportamento complessivo delle parti, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1977, I, 1008 ss.

LIPARI N., Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo, in Riv. trim. dir. proc. civ , 2008, fasc. 1, 1 ss.

MACARIO F., sub art. 1124. Norme in attuazione di direttive comunitario e in tema di credito al consumo (art. 121 – 126 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia), in Nuove leggi civ. comm., 1994, 813 ss.

MAIORCA S., Il contratto: profili della disciplina generale. Lezioni di diritto privato, Torino, 1996

MAJELLO U., Problematiche in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali, in Rispoli Farina M. (a cura di), *La nuova legge bancaria. Prime riflessioni sul testo unico in materia bancaria e creditizia*, Napoli, 1995, 316 ss.

MAJELLO U., sub art 117, in Belli-Contento-Patroni Griffi-Porzio-Santoro, *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, 2003, II, 1942

MANTOVANI M., Il sistema delle nullità di protezione e l'esercizio del potere giudiziale nel diritto dei consumatori, in *Obbl e contr.*, 2010, 451 ss.

MARTUCCELLI S., *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, Milano, 2004

MASUCCI S.T., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996

MASUCCI S.T., sub art. 1469-quater, in Barenghi A. (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996, 138 ss.

MAUGERI M.R.-PAGLIANTINI S., *Il credito ai consumatori. I rimedi nella ricostruzione degli organi giudicanti*, Milano, 2013

MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012

MAZZAMUTO S., Il diritto contrattuale di fonte comunitaria, in Castronovo C., Mazzamuto S. (a cura di) *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, 278 ss.

MAZZAMUTO S., I rimedi, in Castronovo C. e Mazzamuto S. (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, II

MAZZINI F., *Contratti bancari. Tutela del cliente*, in *Digesto comm., Agg.*, Torino, 2007, 93 ss.

MELI M., "Diligenza professionale", "consumatore medio" e regola di "de minimis" nella prassi dell'AGCM e nella giurisprudenza amministrativa, 2011, in www.orizzontideldirittocommerciale.it

MELI M., *Le pratiche commerciali scorrette nella relazione banca-cliente*, in *Aa.Vv., Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Torino, 2011, 104 ss.

- MENGONI L., Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile, ora in Castronovo, Albanese e Nicolussi (a cura di), Scritti I. Metodo e teoria giuridica, Milano, 2011
- MERCOLINO G., Mercati finanziari, equilibrio contrattuale e concorrenza, in Le più rilevanti decisioni civili della Corte di Cassazione (Corte Suprema di Cassazione – Ufficio del Massimario, a cura di), Roma, 2009
- MESSINEO F., voce Contratto (dir. priv.), in Enc. Dir., IX, Milano, 1961, 935 ss.
- MEUCCI S., sub art. 35, in Vettori G. (a cura di), AA.VV., Codice del consumo, Padova, 2007, 366 ss.
- MICKLITZ H.W., La nozione di consumatore nel § 13 BGB, in Riv. Dir. Civ., 2001, I, 636 ss..
- MICKLITZ H.W., Obligation de clarté et interprétation favorable au consommateur, in La direttive “clauses abusives” cinq ans après. Conférence de Bruxelles 1-3.7.1999 (Commissione europea), Lussemburgo, 2000, 160 ss.
- MICKLITZ H.W. (a cura di), The Many Concepts of Social Justice in European Private Law, Elgar, 2011
- MINERVINI E., Dei contratti del consumatore in generale, 2 ed., Torino, 2011
- MINERVINI E., Il controllo del mercato finanziario. L'alluvione delle leggi, in Giur. comm., 1992, I, 16 ss.
- MINERVINI E., Status delle parti e disciplina del contratto, in Perlingieri P.-Ruggeri L. (a cura di), AA.VV., Diritto privato comunitario, I, Napoli, 2008, 435 ss.
- MINERVINI E., Tutela del consumatore e clausole vessatorie, Napoli, 1999
- MINTO A., Il nuovo documento denominato «informazioni europee di base» nell'ambito del rinnovato regime informativo nei contratti di credito ai consumatori, in Banca borsa tit. cred., 1, 2012, 98 ss.

MIRONE A., Il diritto dei contratti bancari di fronte alla crisi: affinamento della regolamentazione di trasparenza o indebita ingerenza nelle dinamiche di mercato?, paper presentato al Convegno “Orizzonti del Diritto Commerciale”, Roma, 2010

MIRONE A., La trasparenza bancaria, Padova, 2012

MIRONE A., Le “fonti private” del diritto bancario: concorrenza, trasparenza e autonomia privata nella (nuova) regolamentazione dei contratti bancari, in Banca borsa tit. cred., 2009, I, 290 ss.

MIRONE A., L'evoluzione della disciplina sulla trasparenza bancaria in tempo di crisi: istruzioni di vigilanza, credito al consumo, commissioni di massimo scoperto, in Banca borsa tit. cred., 2010, I, 573 ss.

MIRONE A., Standardizzazione dei contratti bancari e tutela della concorrenza, Torino, 2003

MODICA L., Profili giuridici del sovra indebitamento, Napoli, 2012

MONATERI P.G., L'interpretazione del contratto, in Il nuovo contratto diretto da Monateri P.G. ed altri, Bologna, 2007, 426 ss.

MONTICELLI S., art. 1469 ter, in Cesaro E. (a cura di), Clausole vessatorie e contratto del consumatore, Padova, 1996, 526 ss.

MORELATO E., Nuovi requisiti di forma nel contratto: trasparenza contrattuale e neoformalismo, Padova, 2006

MORELLO U., Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina, in Notariato, 1996, 295 ss.;

MORERA U., Contratti bancari (disciplina generale), in Banca borsa tit. cred., 2008, 163 ss.

MORERA U., in Brescia Morra – Morera, L'impresa bancaria. L'organizzazione e il contratto, in Perlingieri (a cura di), Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale di Notariato, Napoli, 2006

MORERA U., Il concetto di “chiarezza” nel rapporto bancario, relazione al convegno La trasparenza bancaria, oggi, Università degli studi di Macerata, 6-7.10.2011, registrazione video in www.webhouse.unimc.it/economia/laboratorioivicarelli.it

MORERA U., Legislazione razionale versus investitore irrazionale, in *Analisi giur. econ.*, 2009, 77 ss.

MUCCIARONE G., La liceità delle “spese secondarie” nelle operazioni bancarie: l’impatto della direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, 62 ss.

NAVARRETTA E., Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, fasc. 4, 953 ss.

NAVARRETTA E., sub 1469-quinquies, in Bianca C.M., Busnelli F.D. (a cura di), *Commentario al Capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore (artt. 1469-bis - 1469-sexies)*, in *Nuove leggi civ.*, 1997, 768 ss.

NICOLUSSI A., I consumatori, in Nivarra L. (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008

NIGRO A., Disciplina di trasparenza delle operazioni bancarie e contenuto delle condizioni contrattuali: note esegetiche, in *Dir. banc.*, 1998, 511 ss.

NIGRO A., La nuova normativa sulla trasparenza bancaria, in *Dir. banc.*, 1993, 575 ss.

NIGRO A., Linee di tendenza delle nuove discipline di trasparenza. Dalla trasparenza alla “consulenza” nell'erogazione del credito?, in *Aa.Vv.*, *Nuove regole per le relazioni tra banche e clienti. Oltre la trasparenza?*, Torino, 2011, 29 ss.

OPPO G., *Profili dell’interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943

ORESTANO A., I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1992, 492 ss.

ORIANI R., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008

OVERGAARD, MOLLGAARD, Information Exchange, Market Transparency and Dynamic Oligopoly, Economic working paper, University of Aarhus, 3-2007, disponibile su <http://ssrn.com>

PAGLIANTINI S., Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo, Torino, 2008

PAGLIANTINI S., Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme, in corso di pubblicazione

PAGLIANTINI S., La nuova disciplina del cd. ius variandi nei contratti bancari: prime note critiche, in *I contratti*, 2011, 191 ss.

PAGLIANTINI S., La riforma del codice del consumo ai sensi del d. lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?), in *Contratti*, 2014, in corso di stampa

PAGLIANTINI S., La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti, Torino, 2012

PAGLIANTINI S., L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia e Corte costituzionale: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?, in corso di stampa

PAGLIANTINI S., L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, 3, 291 ss.

PAGLIANTINI S., voce Modificazione unilaterale del contratto (dir. civ.), in *Enc. dir. – Annali VI*, Milano, 2013, 487 ss.

PAGLIANTINI S., Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale, in *ID.*, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, 206 ss.

PAGLIANTINI S., Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo, in D'Amico G., Pagliantini S., Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi, Torino, 2013, 67 ss.

PAGLIANTINI S., voce Trasparenza contrattuale, in Enc. dir., Annali V, Milano, 2012, 1280 ss.

PAGLIANTINI S., Tutela del consumatore e limiti normativi alla dematerializzazione dei contratti solenni?, in Studi in onore di Giorgio Cian, Tomo II, Padova, 2010

PAGLIETTI M.C., La tutela civile dei diritti dei consumatori, Napoli, 2013

PALMIERI A., La prassi contrattuale assicurativa fa i conti con le clausole abusive: perplessità e segnali incoraggianti, in Danno e resp., 2005, 937 ss.

PARDOLESI R., Clausole abusive, pardon vessatorie: verso l'attuazione di una direttiva abusata, in riv. crit. dir. priv., 1995, 540 ss.

PARDOLESI R., Conclusioni, in Gitti, Villa (a cura di), Il terzo contratto, Bologna, 2008

PARDOLESI R., Prefazione a Col angelo G., L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata, Torino, 2004, XIII

PATRONI GRIFFI G., Le clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori (direttiva Cee 93/13), in Rass. dir. civ., 1995, 368 ss.

PATTI S., Ragionevolezza e clausole generali, Milano, 2013

PENNASILICO M., Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale, Torino, 2012

PENNASILICO M., L'interpretazione dei contratti del consumatore, in Perlingieri P. e Caterini E. (a cura di), Il diritto dei consumi, I, Napoli, 2004

PEPE A., La giurisprudenza sugli intermediari finanziari, in Corr. Giur., 2008, 123 ss.

PERLINGIERI P., Mercato, solidarietà e diritti umani, in ID., Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti, Napoli, 2006, 471 ss.

PERRONE A., *Obblighi di informazione, suitability e conflitti di interesse: un'analisi critica degli orientamenti giurisprudenziali e un confronto con la nuova disciplina MifID*, in Perrone A. (a cura di), *I soldi degli altri. Servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari*, Milano, 2008

PODDIGHE E., *I contratti con i consumatori. La disciplina delle clausole vessatorie*, Milano, 2000

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

PORZIO M., sub art. 119, in Porzio M. (a cura di), *Testo unico bancario*, Milano, 2010, 1000 ss.

PROSPERI F., *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. Impr.*, 2008, 937 ss.

PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2010

QUADRI E., *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ.*, 2011, II, 95 ss.

RESTUCCIA G., *Obblighi di trasparenza e clausole abusive nei contratti bancari*, in Del Prato E. (a cura di), *Violazioni del contratto: danni e rimedi*, Milano, 2003, 131 ss.

RIZZO V., Art. 1469 quater c.c., in Bianca C.M., Busnelli F.D. (a cura di), *Commentario al cap XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore (artt. 1469-bis - 1469-sexies)*, in *Nuove leggi civ.*, 1997, 788 ss.

RIZZO V., *Commento agli artt. 1362-1371 c.c.*, in Perlingieri G. (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 1991, IV, 1484 ss.

RIZZO V., *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985.

RIZZO V., La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici, in AA. VV., Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13, Napoli, 2013

RIZZO V., Le 'clausole abusive' nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria, Napoli, 1994.

RIZZO V., Trasparenza e contratti del consumatore (la novella al codice civile), Napoli, 1997

ROCHFELD J., La protection du consommateur – contractant dans l'Union européenne: quelques enseignements sur le statut de la liberté contractuelle et des contrats à durée indéterminée, in Rev. des contrats, 2013, 847 ss.

ROCHFELD J., Le statut du droit contractuel "de protection de la partie faible": entre droit contractuel, droit du marché et droits de l'homme, in Mélanges en l'honneur de G. Viney, LGDJ-Lextenso, 2008, 835 ss.

ROPPO V., Contratti standard. Autonomia e controlli nella disciplina delle attività negoziali di imprese, Milano, 1975

ROPPO V., Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma, in Riv. Dir. Priv., 2001, 769 ss.

ROPPO V., Il contratto, Milano, 2001

ROPPO V., Il contratto del duemila, Torino, 2011

ROPPO V., La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori, in Riv. Dir. Civ., 1994, I, 289 ss.

ROPPO V., L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano, e prospettive di diritto europeo, in riv. dir. priv., 2004, 752 ss.

ROPPO V., Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico, in Corr. giur., 2009, 267 ss.

RORDORF R., La tutela del risparmiatore: norme nuove, problemi vecchi, in *Società*, 2008, 272 ss.

ROSSI G., *Il gioco delle regole*, Milano, 2006

ROSSI CARLEO L., Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo, in *riv. dir. priv.*, 2004, 366 ss.

ROSSI CARLEO L., sub art. 5, in Alpa G., Rossi Carleo L. (a cura di), *Codice del Consumo. Commentario*, Napoli, 2005, 131 ss.

RUFINI T., Banche (trasparenza delle condizioni contrattuali), in *Digesto comm., Agg.*, Torino, 2000, 91 ss.

SACCO R., Considerazioni conclusive, in Bessone M. e Busnelli F.D. (a cura di), *La vendita "porta a porta" di valori mobiliari*, Milano, 1992, 182 ss.

SACCO R.-DE NOVA G., *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1982

SALANITRO N., La direttiva comunitaria sulle clausole abusive e la disciplina dei contratti bancari, in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, I, 550 ss.

SCALFI G., La direttiva del Consiglio Cee del 5 aprile 1993 sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori, in *Resp. civ. e prev.*, 1993, 435 ss.

SCALISI V., Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 459 ss.

SCALISI V., Diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia, in Vettori G. (a cura di), *Remedies in contract*, Padova, 2008, 241 ss.

SCALISI V., Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 418 ss.

SCARONGELLA F., Interpretazione del contratto in sede di legittimità e principio del gradualismo, in *I contratti*, 2010, 6, 562 ss.

SCHLESINGER P., Interpretazione del contratto e principio dispositivo, in *Temì*, 1963, I, 1135 ss.

SCIARRONE ALIBRANDI A., Prime riflessioni sulla direttiva comunitaria 93/13 (Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori), in *Banca borsa tit. cred.*, 1993, I, 727 ss.

SCIARRONE ALIBRANDI A., sub art. 126-bis, in Porzio M. (a cura di), *Testo Unico Bancario. Commentario*, Milano, 2010, 1079 ss.

SCODITTI E., Caducazione della clausola vessatoria e sopravvivenza del contratto: ricorso alla clausola implicita?, in www.giustiziacivile.com.

SCOGNAMIGLIO C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992

SCOGNAMIGLIO C., *L'interpretazione*, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno P. e Gabrielli E., II, 2 ed., Torino, 2006, 1118 ss.

SCOGNAMIGLIO C., Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori, in *riv. dir. comm.*, 1997, I, 947 ss.

SILVETTI C., in Calandra Buonauro, Perassi, Silveti, *La banca: l'impresa e i contratti*, in Cottino G. (a cura di), *Trattato di diritto commerciale*, VI, Padova, 2001, 384 ss.

SIRGIOVANNI B., Interpretazione del contratto non negoziato con il consumatore, in *Rass. dir. civ.*, 2006, 3, 718 ss.

SIRENA P., sub art. 1469 bis, in Alpa G., Patti S. (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. Commentario agli articoli 1469 bis – 1469 sexies del codice civile*, Milano, 2003, 563 ss.

SIRENA P., sub art. 1469 quinquies, in Gabrielli E., Minervini E. (a cura di), *I contratti dei consumatori*, Torino, 2005, 152 ss.

SPENA A., sub art. 116, in Porzio M., Belli F. ed altri (a cura di), *Commentario al Testo Unico Bancario*, Milano, 2010, 960 ss.

STELLA RICHTER G., L'interpretazione dei contratti dei consumatori, in riv. trim. dir. proc. civ., 1997, 4, 1027 ss.

STIGLER G.J., A Theory of Oligopoly, in Journal of Political Economy, vol. 72, 1964, 44 ss.

TROCKER N., Il diritto processuale europeo e le tecniche della sua formazione: l'opera della Corte di Giustizia, in Eur. Dir. Priv, 2010, 361 ss.

VALLE L, L'inefficacia delle clausole vessatorie, Padova, 2004

VENOSTA F., Profili del neoformalismo negoziale, con particolare riguardo alle forme telematiche ed al precetto di trasparenza, in Perlingieri P. e Ruggeri L. (a cura di) m Dir. Priv. comunitario, Napoli, 2008, I, 499 ss.

VENOSTA F., Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura, in Obbl. e contr., 2008, 872 ss.

VETTORI G., Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole, in Persona e mercato, 2012, 1, 10 ss.

VETTORI G., I principi comuni del diritto europeo dalla CEDU al Trattato di Lisbona, in Ruggeri A. (a cura di), Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno, Napoli, 2012

VIGLIONE F., Metodi e modelli di interpretazione del contratto. Prospettive di un dialogo tra common law e civil law, Torino, 2011

WILHELMSSON T., Consumer Law and Social Justice, in Ramsay I., Consumer Law in the Global Economy, 1997, 224 ss.

ZENO ZENCOVICH V. - PAGLIETTI M.C., Globalizzazione, delocalizzazione, europeizzazione. I riflessi sul processo dei consumatori, in www.judicium.it, 2011

ZENO ZENCOVICH V., SANDICCHI G.B., L'economia della conoscenza e i suoi riflessi giuridici, in *Dir. Infor.*, 2002, 971 ss.

ZICCARDI F, *Le norme interpretative speciali*, Milano, 1972

ZOPPINI A., Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza, in Olivieri G. e Zoppini A. (a cura di), *Contratto e antitrust*, Bari, 2008

ZORZI GALGANO N., Il consumatore medio ed il consumatore vulnerabile nel diritto comunitario, in *Contr. Impr.*, 2010, 549 ss.