

## INTRODUZIONE

Il diritto è un fenomeno storicamente condizionato; mutando la gerarchia dei valori, esso è destinato inevitabilmente ad adattarsi al cambiamento. In un periodo in cui, specialmente in ambito europeo, l'intero asse gravitazionale si è spostato dalla tutela delle imprese al consumo, è stata inevitabile la creazione di una normativa settoriale, rivolta proprio a quei soggetti, persone fisiche, che agiscono nel tessuto economico non perseguendo finalità d'impresa, o legate alla professione ovvero il consumatore. La direttiva 93/13/CEE in materia di clausole abusive, oltre a tutelare i consumatori dai pericoli delle asimmetrie informative, ha come obiettivo quello di creare una «tutela minima» nello spazio europeo per favorire l'instaurazione progressiva del Mercato unico. Tuttavia, nel contesto europeo gli Stati membri hanno recepito con diverse sfumature la disciplina contenuta nella direttiva citata, determinando così una eterogeneità di tutela dei consumatori a seconda dell'ordinamento considerato. Per quanto concerne l'esperienza italiana in materia di consumo, è doveroso rispondere ad un quesito fondamentale. Come si può tutelare il consumatore a livello nazionale nell'ottica e nel rispetto della suddetta direttiva? Gli articoli 3, 4 e 5 rappresentano vere e proprie norme chiave, fondamentali nel contrasto delle clausole abusive. È proprio ad esse che i legislatori nazionali debbono attenersi maggiormente nella predisposizione di norme che tutelino i consumatori. I principi cardine contenuti dalla direttiva 93/13/CEE, ovvero trasparenza, chiarezza e comprensibilità costituiscono la base del «nuovo» paradigma contrattuale che vede come protagonisti consumatori e professionisti: il *Consumer contract*. Ed è su questi principi, segnatamente su quello di trasparenza, che è incentrato il presente lavoro. Il primo capitolo verterà

sull'inquadramento delle fonti, sia nazionali che sovranazionali, che disciplinano la chiarezza e la comprensibilità in diversi settori, come ad esempio quello bancario, finanziario, assicurativo, avendo così una visione «sistematica» dell'oggetto di studio. Trasparenza, chiarezza e comprensibilità, insieme ad altri principi, hanno un ruolo centrale nel primo capitolo dove verranno affrontati quesiti importanti come: il significato di chiarezza e comprensibilità, la sorte della clausola priva di chiarezza e comprensibilità e soprattutto, il ruolo effettivo della chiarezza e della comprensibilità nell'attuale tessuto ordinamentale. Sempre nelle prime pagine della trattazione verrà prospettata l'irragionevolezza dell'esclusione del contraente debole *tout court* dalla normativa consumeristica, sottolineando come anche il professionista possa trovarsi, per svariate ragioni, ad esempio economiche, informative, in situazioni di sostanziale debolezza nei confronti della controparte. In tali casi è ragionevole considerare la parte, a prescindere dallo *status* rivestito, alla stregua di un «contraente debole», ciò che è irragionevole invece è la sua esclusione dalla tutela sostanziale contenuta nel codice del consumo in modo aprioristico. Il punto nodale della questione è comprendere se il consumatore merita una tutela rafforzata in virtù del suo *status* o perché è un contraente debole. Un aspetto valutato, per quanto concerne la possibilità di ipotizzare un'applicazione generale dei canoni di chiarezza e comprensibilità, è la buona fede e il dovere di «*clare loqui*». Ovvero la possibilità di garantire maggiore trasparenza contrattuale mediante l'art. 1337 c.c. In quest'ottica, basata sulla sostanziale inadeguatezza della normativa nazionale a garantire una tutela effettiva al contraente debole, verrà analizzato l'impatto europeo concernente la regolamentazione dei rapporti intersoggettivi tra privati, ovvero come ha influito la legislazione

europea nell'ordinamento interno. Una prova palese della sua influenza è costituita dalla legge 54/1996 che, in attuazione della direttiva 93/13/CEE, introduce nell'impianto codicistico il Capo XIV-*Bis* dedicato proprio ai «Contratti del consumatore» composto dagli articoli 1469 *bis* fino a 1469 *sexies*, successivamente confluiti nel codice di settore dedicato ai consumatori, ovvero il d.lgs. 6 Settembre 2005, n. 206 codice del consumo. Nella parte centrale del primo capitolo inoltre verrà sottolineato, dapprima, il differente approccio che intercorre tra le due discipline e i diversi punti di contatto con gli artt. 1341, 1342, 1370 c.c. in modo da comprendere l'evoluzione che subito la normativa in materia di consumo nel nostro ordinamento giuridico. Nella parte conclusiva invece verrà evidenziato un possibile mutamento del paradigma contrattuale «*tour courts*» partendo dal presupposto empirico secondo il quale, la matrice genetica del contratto è l'incontro di due o più volontà in «*idem placitum*». In tale prospettiva emerge un quesito: come possono concretamente incontrarsi due (o più) volontà se le clausole del regolamento non sono chiare e comprensibili a causa dell'asimmetria informativa? O a causa del «*trobar clus*» del predisponente? Di fronte a tali problematiche il legislatore non può nascondersi dietro ad uno *status* ovvero quello di «consumatore». Sarebbe auspicabile invece che l'interprete allargasse i suoi orizzonti andando oltre la legge, trovando così la risposta nei principi racchiusi nella carta costituzionale, con specifico riferimento al personalismo e al solidarismo (Art. 2 cost.). Un'interpretazione sistematica ed assiologica della normativa di settore permette di individuare un principio generale di trasparenza che trascende dagli specifici ambiti legislativi ed ingloba qualsivoglia rapporto contrattuale prescindendo dallo *status* rivestito dalle parti. Il secondo capitolo si aprirà con la disamina di un altro aspetto

fondamentale della disciplina consumeristica ovvero la problematica della «vessatorietà *in re ipsa*». È corretto parlare di una duplice accezione delle clausole abusive, una inerente allo squilibrio economico e una inerente allo squilibrio normativo? Più precisamente, per le clausole contrattuali che definiscono l'oggetto del contratto o il *quantum* dello scambio, è sufficiente la mera opacità della clausola per dichiararla «vessatoria» o corre un *quid pluris*? Insomma il significativo squilibrio censurabile dal giudice inerisce alla prospettiva «normativa» o «economica»? Un'altra tematica interessante, che sarà affrontata sempre nel capitolo 2 è la possibile esistenza nel nostro ordinamento giuridico di un principio generale di «proporzionalità» delle prestazioni contrattuali con un conseguente potere conformativo del giudice, esercitabile quando l'equilibrio viene alterato dai chi ha maggior potere contrattuale. Nei paragrafi successivi invece sarà affrontata la tematica dell'interpretazione e dell'integrazione contrattuale, con specifico riferimento agli ormai labili confini che le delimitano, e verranno affrontati alcuni punti controversi connessi a tale tematica. Ovvero ci si domanda se sia possibile distinguere l'interpretazione dall'integrazione del contratto; se esista una differenza tra i canoni ermeneutici contenuti nel codice civile e nel codice del consumo, e soprattutto, quando il giudice possa integrare il contenuto del regolamento contrattuale squilibrato, e con quali limiti. Successivamente, l'attenzione verrà rivolta alla patologia delle clausole qualificate con l'aggettivo «vessatorie» e si cercherà di comprendere qual è il loro destino, e con esse, qual è il destino del contratto in cui sono ricomprese. L'ultimo paragrafo del secondo capitolo quindi sarà incentrato sulla fase patologica delle clausole abusive e alla natura giuridica del suo rimedio. Sarà oggetto di ampia disamina l'evoluzione del rimedio previsto in materia di clausole

vessatorie, con specifico riferimento al passaggio dalla inefficacia alla nullità delle clausole vessatorie. In fine il terzo ed ultimo capitolo il presente lavoro sarà dedicato alla negoziazione algoritmica e alla disciplina degli *smart contracts*, e in particolare sarà affrontato il tema del contraente debole nell'era digitale.

## CAPITOLO I

### DISAMINA DELLE FONTI NEL SISTEMA MULTILIVELLO: CHIAREZZA E COMPRENSIBILITÀ CONTRATTUALE IN UNA PROSPETTIVA NAZIONALE E SOVRANAZIONALE

#### 1. L'intervento dell'Unione Europea nella regolamentazione dei rapporti intersoggettivi tra privati con specifico riferimento alla tutela del consumatore

L'analisi sulla chiarezza e comprensibilità del regolamento contrattuale non può prescindere da una valutazione sistematica dell'intero ordinamento giuridico inteso nella sua accezione «multilivello». Più precisamente, sono molteplici le fonti normative che regolamentano la chiarezza e comprensibilità contrattuale non solo a livello nazionale ma anche e soprattutto a livello sovranazionale. Un ruolo chiave in tal senso viene svolto anche dalla cosiddetta funzione normativa dei principi individuati di volta in volta dal legislatore nazionale, europeo e dalla giurisprudenza, sia nazionale che europea<sup>1</sup>. L'opacità contrattuale è un

---

<sup>1</sup>Non sempre i principi svolgono una funzione meramente argomentativa, essi infatti possono assumere le vesti di vere e proprie norme, fonti di obblighi e doveri, suscettibili di essere applicate a fattispecie concrete. Su questa tematica ha scritto ampiamente P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli 2006, p. 544 ss., il quale sottolinea che i principi costituzionali, normalmente utilizzati dall'interprete come strumento ermeneutico di una norma ordinaria, in realtà, ed è qui che va colta la funzione normativa degli stessi, esso diventa «parte integrante della medesima norma destinata a regolare il rapporto concreto». Lo stesso precisa che «le norme costituzionali che dettano principi di rilevanza generale, sono di diritto sostanziale e non meramente interpretative; il ricorso ad esse si giustifica al pari di qualsiasi altra norma giuridica, come espressione di un valore, (...) è importante constatare che valori e principi sono norme». P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli 2004, p.15 viene sottolineato che il principio «è una norma che impone la massima realizzazione

fenomeno che sicuramente non è sfuggito al legislatore del 1942 che ha introdotto nel codice civile, già nella sua formulazione originaria, taluni strumenti applicabili al negozio «opaco» per tutelare il contraente debole. Una prova lampante è l'art. 1370 c.c. che contiene il canone interpretativo dell'«*interpretatio contra stipulatorem*»<sup>2</sup>. Anche la Corte di Cassazione si è pronunciata più volte in materia di chiarezza e comprensibilità contrattuale, definendo negli anni con maggiore precisione la loro concreta portata, così come ha fatto di recente in una sua decisione<sup>3</sup>. Nella

---

di un valore». Della stessa opinione F. VIOLA, in ID e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, Roma-Bari, 1999 p. 375, il quale osserva che i principi «sono diritto positivo a tutti gli effetti e svolgono indubbiamente una funzione precettiva». Secondo chi scrive inoltre, i principi non vanno desunti solo dalle norme costituzionali, essi infatti conoscono anche altre fonti ad esempio, l'obbligo di dover redigere le clausole di un contratto concluso tra un professionista ed un consumatore non deriva solo dall'art. 4 della direttiva 93/13, dall'art. 34 del cod. cons. ma anche dai principi desumibili dalle pronunce della Corte di Giustizia, si consideri ad esempio il caso *van hove c. cnp assurances SA*, Corte giust., 23 aprile 2015, Causa C-96/14 consultabile su *Federalismi. It* dove la Corte precisa come debba essere intesa la chiarezza e la comprensibilità delle clausole e l'importanza del principio di trasparenza. «L'oscillazione tra funzione normativa e cognitiva dei principi è assolutamente conforme al termine «principio», perennemente sospeso tra origine e comando». Così G. AGAMBEN, *Creazione e anarchia. L'opera nell'età della religione capitalista*, Vicenza, 2018, p. 93.

<sup>2</sup> Nella Relazione del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al codice civile del 4 aprile del 1942 è possibile leggere che l'art. 1370 è un omaggio all'obbligo del *clare loqui* che garantisce un'ulteriore protezione dell'aderente nel caso di contratti conclusi mediante moduli o formulari predisposti, o comunque contenenti, rinvio a condizioni generali di contratto. In estrema sintesi, l'art. 1370 stabilisce il principio dell'interpretazione contro l'autore della clausola dubbia. Costui deve risentire le conseguenze del fatto proprio se, potendo redigere la clausola con chiarezza, la compilò in modo tale da renderla ambigua e non rispondente alla rappresentazione che poteva averne avuta. La norma riflette il canone ermeneutico del diritto romano che va sotto il nome di «*interpretatio contra stipulatorem*» già consacrato nell'art. 1137 del codice previgente. Sulla tematica dell'*interpretatio contra stipulatorem* si sono espressi autorevoli studiosi Cfr., A. GENTILI, *Senso e consenso storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Torino, 2015, p. 601 ss., G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva nel negozio giuridico*, Bologna, 1943, p. 104, G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro.it*, 1996, V, p. 145 ss.

<sup>3</sup> Corte Cass., sez. civ. III, 18 gennaio 2016, n. 668, in *Foro.it*, 2016, 2, 1, c. 459 ss.

sentenza citata infatti la Corte di legittimità ha affermato che il contratto di assicurazione deve essere redatto in modo chiaro e comprensibile e che, in caso di clausole polisenso, è fatto divieto al giudice attribuire ad esse un senso pur teoricamente non incompatibile con la loro lettera, senza prima ricorrere ai criteri ermeneutici presenti nel codice civile. La chiarezza e la comprensibilità contrattuale sono disciplinate anche da altre fonti nazionali che regolamentano determinati settori: d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (t.u.b.) per quanto concerne il settore bancario, d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (t.u.f.) per il settore dell'intermediazione finanziaria, d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle Assicurazioni Private) per il settore assicurativo e in fine dal d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (cod. cons.) per i consumatori (o per il consumo in generale?)<sup>4</sup>.

Dal punto di vista sovranazionale, prima di disaminare le diverse direttive che fanno riferimento alla chiarezza e alla comprensibilità, è doveroso considerare che l'Italia fa parte di un'organizzazione sovranazionale di nuovo genere<sup>5</sup> e questo ha delle ovvie ripercussioni

---

<sup>4</sup> Il punto focale è comprendere se le norme presenti nel codice citato siano applicabili solo a coloro che posseggono lo *status* di consumatore oppure se, almeno nelle ipotesi di *edeam ratio*, sia possibile estenderle anche a soggetti che si trovano nella medesima situazione di debolezza ancorché privi dello *status* di consumatore. Più semplicemente, in ossequio ad una interpretazione sistematica di diversi testi normativi che nel §1.9 del capitolo 1 verranno analizzati, pare che la trasparenza contrattuale non sia una prerogativa assoluta dei contratti conclusi dai consumatori ma anche di quei contratti conclusi da piccoli imprenditori, artigiani, professionisti che hanno dinanzi a sé un contraente con un maggior potere contrattuale.

<sup>5</sup> È stata intesa così la Comunità Europea nella celebre sentenza della Corte gust. *Van Gend & Loos* del 5 febbraio 1963, causa C26/62. consultabile su [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu) Nel merito della controversia i giudici di Lussemburgo hanno precisato che: «si deve concludere che la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, (...) ordinamento che riconosce come soggetti non solo gli Stati membri ma anche i loro cittadini». In sostanza, per la prima volta la Corte di Giustizia ha dichiarato il potere della Comunità di incidere direttamente nella



giuridiche. La nostra Repubblica infatti è uno dei membri storici della ormai tramontata Comunità Europea, istituita mediante Trattato<sup>6</sup>, che ha rinunciato ad una parte della propria sovranità<sup>7</sup> per riconoscerla ad un ente sovranazionale che oggi prende il nome di Unione Europea. L'organizzazione internazionale in questione ha il compito di promuovere, «mediante l'instaurazione di un mercato comune e di una moneta unica» determinati obiettivi<sup>8</sup>. Per il perseguimento degli stessi, gli organi comunitari hanno a disposizione taluni strumenti, che inevitabilmente incidono sull'equilibrio degli Stati membri, come la decisione, raccomandazioni, pareri, direttive e regolamenti<sup>9</sup>. Però, come autorevole dottrina ricorda, qui «c'è in gioco il valore massimo del sistema costituzionale: la sovranità»<sup>10</sup>. L'autolimitazione della sovranità *ex art.* 11 Cost. non può essere totale, anzi presuppone il mantenimento di una generale sovranità dello Stato (o meglio, Stati membri), la quota della sovranità rinunciata dagli Stati, prima in favore delle Comunità e dopo a

---

sfera giuridico patrimoniale dei cittadini, a prescindere dal ruolo di diaframma dello Stato membro.

<sup>6</sup> Reso esecutivo in Italia mediante la L. 14 ottobre 1957 n.1203 e successivamente modificato dai Trattati sul funzionamento dell'Unione Europea firmati a Maastricht in data 7 febbraio 1992 e ad Amsterdam in data 2 ottobre 1997.

<sup>7</sup> Insieme a Belgio, Germania, Lussemburgo, Paesi Bassi e Francia.

<sup>8</sup> Sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, la parità tra uomini e donne, una crescita sostenibile e non inflazionistica, alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, elevato livello di protezione dell'ambiente ed il suo miglioramento, miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati Membri, art. 2 TCEE 25 marzo 1957 Roma.

<sup>9</sup> «Questo però non comporta necessariamente una concezione pluralistica o atomistica dell'ordinamento: questo ha una sua unitarietà allorché è fondato su valori unitari e sulla gerarchia delle fonti che concorrono a formarlo», Così P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 309.

<sup>10</sup> G. GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia*, in *Economia e diritto del Terziario*, p. 54; M. TROPER, *L'Europe et les principes in Dr. Société* 1992, 20/21, p. 168, ID, *Per una storia della sovranità*, in *Fil. pol.*, 1991, p. 1.

favore dell'Unione Europea «non può compromettere l'originaria sovranità dello Stato membro»<sup>11</sup>.

Tuttavia ormai da decenni il diritto privato italiano sta subendo un particolare processo di innovazione dovuto al ruolo centrale che il diritto privato di derivazione Europea ha assunto nel nostro ordinamento giuridico, e non solo. Oggigiorno la c.d. *europizzazione* del diritto privato è un dato di assoluta evidenza e costituisce forse lo sviluppo più importante registrato dalla materia nell'ultimo decennio; comunque, ne rappresenta la prospettiva più probabile e di gran lunga più stimolante<sup>12</sup>.

Parlare di generica riforma dei diversi settori che compongono il diritto privato sarebbe riduttivo, l'Unione Europea infatti ha modificato la gerarchia delle fonti del diritto, nella quale hanno un notevole rilievo le fonti di matrice europea<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Le parole sono di P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 506.

<sup>12</sup> A. TIZZANO, *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, 2000, p. 221.

<sup>13</sup> Nelle fonti europee vanno ricomprese anche le sentenze emesse dalla Corte di Giustizia, anch'esse idonee ad incidere negli Stati membri. Sul tema si è espresso anche P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 298-290, il quale sottolinea che sia la Corte di Giustizia, sia la Corte Costituzionale, giocano un ruolo rilevante nella «gerarchia delle fonti», per quanto concerne la Consulta nazionale, l'autorevole giurista precisa che le decisioni della Corte di Cassazione rielaborano i significati attribuibili alla Costituzione, ne ricostruiscono i principi e compongono i conflitti tra le fonti stesse, sulla tematica; T. ASCARELLI, *Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione*, Milano, 1957, p. 149; G. ZAGREBELSKY, *Processo costituzionale*, estratto da *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1989, p. 626; E. CHELI, *Il giudice delle leggi. La corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1997, p. 56 ss.; P. PERLINGIERI, nelle pagine citate, continua affermando che non meno importante è ricordare, nella logica del sistema italo-comunitario delle fonti, le sentenze emesse dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee (*ex art. 234 Tratt. CE*). «Queste pronunce hanno la medesima forza normativa della fonte comunitaria interpretata». Sul tema F. SALMONI, *La Corte Costituzionale e la Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Dir. pubbl.* 2002, p. 491, il quale sottolinea che la Corte Costituzionale ha ormai riconosciuto alle decisioni della Corte di Giustizia la portata di «vere e proprie fonti dell'ordinamento comunitario». *Idem* P. F. LOTTO, *Diretta applicabilità delle norme comunitarie ed efficacia delle sentenze della Corte di Giustizia nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quad. cost.*, 1990, p. 161. In tal senso depongono anche le seguenti sentenze: Corte Cost. 23 aprile 1985, n. 113 in *Giur. cost.*, 1985 I., p. 708 ss.;

La normativa UE<sup>14</sup> tende ad interferire con quella nazionale, specialmente con quella ordinaria<sup>15</sup>. Il t.u.e.<sup>16</sup> in modo molto esplicito sancisce che gli Stati membri non solo devono osservare le norme contenute nel Trattato citato ma anche i regolamenti emanati dal Consiglio e dalla Commissione. Ciò, se da un lato implica una palese limitazione della sovranità dei singoli stati, dall'altro non determina uno stravolgimento della gerarchia delle fonti nazionale. Secondo autorevole dottrina, il sistema del diritto dell'UE, e il diritto nazionale sono due sistemi autonomi e diversi ma coordinati secondo una puntuale ripartizione di competenze contenute nel t.u.e.<sup>17</sup>. Questo significa che non è possibile traslare le norme europee nell'alveo della gerarchia delle fonti nazionale perché siamo in presenza di due ordinamenti giuridici diversi. Tutto ciò determina inevitabilmente una palese limitazione della sovranità statale *ex artt.* 11 e 117 Cost. ovvero, in determinate materie il legislatore è tenuto ad abdicare alla funzione legislativa in funzione dell'ordinamento sovranazionale<sup>18</sup>. Autorevole dottrina non sposa questa presa di posizione teorica ed anzi ribadisce che l'impostazione dualistica degli ordinamenti giuridici attiene alla diversità delle fonti e non già all'ordinamento giuridico in sé<sup>19</sup>. Il pensiero sopra citato infatti «comporterebbe una ulteriore suddivisione del diritto positivo in due insiemi normativi, l'uno autonomo, costituito dalle

---

Corte Cost. 11 luglio 1989, n. 389, *Giur. cost.*, 1989, p. 1765; Corte Cost. ordinanza 1 giugno 2004, n. 165, *Giur. Cost.*, 2004, p. 1727.

<sup>14</sup> Anche se, come si vedrà nella pagina che segue, non è possibile parlare di «ordinamento giuridico europeo» vero e proprio.

<sup>15</sup> Così F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2019, p. 27.

<sup>16</sup> Trattato sull'unione europea entrato in vigore il 1 novembre 1993, successivamente modificato dal Trattato di Lisbona entrato in vigore 1 dicembre 2009

<sup>17</sup> Così F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 26.

<sup>18</sup> F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 27.

<sup>19</sup> P. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 198.