

## UNA QUESTIONE DI PUNTI DI VISTA. INTERPRETAZIONE DEI CONTRATTI ASIMMETRICI E TEORIA DELLE FONTI

Di Valentina Calderai

| 63

**SOMMARIO:** *I. 1. Premessa: un formidabile spostamento dei punti di vista. – 2. Dire-la-verità sul Diritto. – 3. Dalla fattispecie alla fonte. II. 4. Una dogmatica dell'opera aperta. – 5. Le Ragioni dell'interpretazione. – 6. Un quadro specificamente europeo di riferimento. – 7. I contratti dei consumatori si interpretano nel solito modo? III. 8. Controllo giudiziale e accountability. – 9. Struttura del giudizio di trasparenza. – 10. Un nuovo principio del diritto europeo dei contratti.*

*ABSTRACT.* Traendo spunto da un'intuizione di Max Weber, nella prima parte di questo studio si sostiene l'opportunità di ripensare i principi logici dell'interpretazione dei contratti segnando il passaggio da una prospettiva nazionale ad una prospettiva europea. Nella seconda parte si evidenzia la scarsa utilità, in questo quadro, dei concetti generali di autonomia privata elaborati nel contesto del diritto contrattuale nazionale e si pone in rilievo la necessità, in relazione all'interpretazione dei contratti BtoC, di una elaborazione teorica tanto sull'ordinamento giuridico europeo quanto sulle fonti del diritto. Nella terza parte si indicano alcune conseguenze di questa *verschiebung der Gesichtspunkte* con riferimento al requisito di trasparenza e buona fede nei contratti con i consumatori.

*Following an insight by Max Weber, the first part of this study argues for the merit of rethinking the logical tenets of the interpretation of contracts in the transition from a national to a European perspective. The second part contends that the general conceptions of private autonomy worked out within the context of national contract law are of little use in this framework, rather, a theory of the European legal order as well as of the sources of law is needed, in order to make sense of the interpretation of BtoC contracts. The third part points to some consequences of this *verschiebung der Gesichtspunkte* with reference to the requirement of transparency and good faith in consumer contracts.*

## 1. Premessa: un formidabile spostamento dei punti di vista.

«Il vantaggio di una disciplina legale dell'interpretazione sta nel ridurre nel più angusto margine possibile l'incertezza e l'incompletezza del compito ermeneutico, e con essa il pericolo di una indefinita pluralità d'interpretazioni difformi, l'una dall'altra divergenti»<sup>1</sup>.

«La disposizione che ha per oggetto l'interpretazione è oggetto d'interpretazione. O si applicano alla disposizione le regole d'interpretazione che da quella disposizione medesima prendono vita (“circolarità”) o si delega alle decisioni degli interpreti di quella disposizione il potere d'interpretarla.

A sua volta, un tale potere – che, in termini di fatto, è conforme all'impossibilità, ormai nota, di vincolare giuridicamente un'attività intellettuale e volitiva – rinvia a contesti storici, politici e latamente culturali che non hanno un fondamento il quale sia determinato con precisione nel tempo e nello spazio, sebbene siano pur sempre ascrivibili, nel presente, a un costante confronto di singolari, e più o meno autorevoli, prese di posizione variamente critiche»<sup>2</sup>.

Nell'antitesi esemplare dei punti di vista di Emilio Betti e Umberto Breccia a proposito delle norme sull'interpretazione della legge, si specchia la consumazione di una lunga fase di scienza normale della civilistica italiana<sup>3</sup> e il principio di una fase, forse di una scienza, nuova.

In ogni ordinamento cronologico è insito un atto di arbitrio. Quello proposto non fa eccezione, se è vero che nello sguardo retrospettivo il Novecento del diritto civile italiano sembra quasi spezzato in due: all'impresa della codificazione e al suo consolidamento in un corpo di «dottrine fondamentali» seguì un movimento critico, all'insegna della «riscoperta dell'ordinamento in tutta la sua ampiezza e in tutte le sue valenze»<sup>4</sup>. Il

pensiero giuridico si scrollava di dosso il mito dell'«intima connessione che stringe tutti gli istituti e tutte le regole di diritto in una grande unità»<sup>5</sup>, ritenendo del sistema un'idea regolativa e, insieme, diventava più esigente, più «aperto alla difesa di tutte le sue (prima non viste) potenzialità»<sup>6</sup>.

Ma è pur vero che la «svolta ordinamentale»<sup>7</sup> è avvenuta all'insegna di un consapevole eclettismo, manifesto nel costante riferimento alle Scuole<sup>8</sup>, e di una certa riluttanza a intraprendere una revisione dei concetti fondamentali del diritto privato nella prospettiva della teoria generale e del confronto con le scienze sociali. Le categorie iscritte nel Codice, depotenziate in parte e destituite dal ruolo di paradigmi dogmatici, conservano così nell'insegnamento e nella prassi il significato di una matrice comune di valori e di conoscenze, senza la quale l'unità della materia sarebbe affidata al dato estrinseco dell'applicazione della regola ai rapporti privati. Eppure le difficoltà e i dubbi in merito alla capacità di questo compromesso teorico-pratico di restituire una rappresentazione credibile e sincera del diritto civile attuale<sup>9</sup> esprimono un bisogno, caratteristico dei momenti di trasformazione, che non saprei descrivere con parole più esatte di quelle usate molto tempo fa da Max Weber, a proposito del metodo storico<sup>10</sup>:

Solo ponendo in rilievo e risolvendo problemi di fatto sono state fondate le discipline scientifiche, e si può sviluppare ulteriormente il loro metodo; e

successivi al secondo conflitto mondiale, in *Quad. fior.*, 1999, I, 293 ss.

<sup>5</sup> F.C. von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin 1840, I, § 33.

<sup>6</sup> U. BRECCIA, *Continuità e discontinuità*, cit., 394.

<sup>7</sup> A. GENTILI, *Senso e Consenso*, Torino, 2016, I, 111 ss.

<sup>8</sup> Su questa grande vicenda v. ora in *Scuole e luoghi del pensiero civilistico italiano: giuristi, metodi, tematiche*, a cura di G. Alpa e F. Macario, Milano, 2019.

<sup>9</sup> Tra le analisi di più ampio respiro nell'ultimo decennio: P. FEMIA, *Applicare il diritto al caos. Teoria riflessiva delle fonti e unità dell'ordine*, in *Diritto privato comunitario*, a cura di P. Perlingieri e L. Ruggeri, I, Napoli, 2009, 39; V. ROPPO, *Il contratto del Duemila*, Torino, 2011; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, e in particolare, ivi, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, 141; G. VETTORI, *Il contratto europeo tra regole e principi*, Torino, 2015; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015; E. NAVARRETTA, *Costituzione, Europa e Diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, 2017; C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017; G. D'AMICO e S., PAGLIANTINI, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torino, 2018.

<sup>10</sup> M. WEBER, *Studi critici intorno alla logica delle scienze della cultura. I. In polemica con Eduard Meyer*, in *Il metodo delle scienze sociali*, Torino, 1974 [1958<sup>1</sup>], 145 ss., 148 (tit. or. *Kritischen Studien auf dem Gebiet der Kulturwissenschaftlichen Logik* (1906), in *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen, 1951<sup>2</sup>).

<sup>1</sup> E. BETTI, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1972, 137 s.

<sup>2</sup> U. BRECCIA, *Discorsi sul diritto. Appunti per un corso di "Teoria generale del diritto"*, Pisa, 2019, 373 ss., 382.

<sup>3</sup> T. S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago and London, 1996<sup>3</sup>, 10 (trad. it. *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 2001<sup>5</sup>), nel senso di una ricerca «firmly based upon one or more past scientific achievements, achievements that some particular scientific community acknowledges for a time as supplying the foundation for its further practice».

<sup>4</sup> S. RODOTÀ, *Lo specchio di Stendhal. Riflessioni sulle riflessioni dei privatisti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1997, 1, 5 ss., p. 7. Per una storia – e in un certo senso anche una (auto)biografia della civilistica italiana nel Novecento – v. di U. BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato. Testimonianze e divagazioni sugli anni anteriori e*





finora mai hanno contribuito in maniera decisiva a tale scopo le pure considerazioni di teoria della conoscenza o di metodologia. Esse diventano di solito importanti per l'opera della scienza stessa solo quando, in seguito a forti spostamenti dei "punti di vista" da cui una certa materia diventa oggetto di rappresentazione, emerge la convinzione che i nuovi "punti di vista" esigano anche una revisione delle forme logiche in cui si era mossa la precedente "impresa", e ne deriva quindi incertezza sulla "essenza" del proprio lavoro.

Lo studio del diritto civile sperimenta oggi indubbiamente una formidabile *Verschiebung der Gesichtspunkte* fondamentali della materia e una conseguente, fortissima condizione di incertezza sul proprio compito<sup>11</sup>. Il trasferimento all'Unione Europea di due pilastri della sovranità economica (disciplina del mercato e manovra monetaria) e la parziale devoluzione del momento della legittimazione nel *jus condere* dalla rappresentanza politica ad altre istanze (giurisdizione, competenza tecnica e tecnologica, regolamentazione privata)<sup>12</sup> hanno scardinato il fondamento della giurisprudenza teorica e pratica nel concetto formale di unità sistematica, inscritto nei postulati della auto-sufficienza e auto-referenzialità del diritto dello Stato<sup>13</sup>, per la «difficoltà di azionare i dispositivi teorici sui quali si basa la riconduzione a sistema fuori del contesto di uno Stato sovrano unitario»<sup>14</sup>. Il grado di accentramento delle fonti del

diritto nell'ordinamento giuridico nazionale è diluito, al punto da non esprimere più una prospettiva autonoma per l'analisi sistematica, e deve essere affiancato, integrato, sostituito dai punti di vista nuovi, irradiantisi dal movimento del diritto privato regolatorio europeo «from autonomy to functionalism in competition and regulation»<sup>15</sup>. Questi ultimi, d'altro canto, essendo esterni alla disciplina, la destabilizzano<sup>16</sup>: di qui l'esigenza di ripensare alcune «forme logiche» del diritto civile, cristallizzate intorno al punto di vista costruito intorno al binomio del monopolio statale delle fonti e del formalismo interpretativo<sup>17</sup>.

## 2. Dire-la-verità sul Diritto.

In una comunità scientifica improntata al positivismo statale il sistema delle fonti legali controlla l'interpretazione, sicché nell'insegnamento del diritto abbiamo due «caselle distinte, una per le fonti, l'altra per l'interpretazione dichiarativa». È una rappresentazione chiara e distinta, che però «non descrive nulla di vero [...] corrisponde alle vedute di chi non sa nulla»<sup>18</sup>. O forse, si può pensare con un pizzico di ermeneutica del sospetto, qualche volta corrisponde alle vedute di chi sa *tutto* e maschera un'eresia sotto le spoglie della «verità come menzogna»<sup>19</sup>. Come Tullio Ascarelli, anno 1925: «ché invero come dal punto di vista strettamente giuridico [...] non può non riconoscersi nello Stato l'unica fonte [...] dal punto di vista storico e filosofico [...] può giungersi ad

---

Working Papers, 2012, 67 ss., 73: «we cannot simply abandon concepts attached to modern nation states; rather, the task is to assign them a meaning suited to examining the transnational polity of the EU and its transnational legal order. They must be detached from their "nation-state logic", so that they can capture the interaction between the transnational and the national, so typical of the EU and its law».

<sup>15</sup> H. W. MICKLITZ, *The visible hand of European regulatory Private Law. The transformation of European private law from autonomy to functionalism in competition and regulation*, *Yearbook of European Law*, 2009, 3; H.-W. MICKLITZ and Y. SVETIEV, *The transformation(s) of private law*, in *European Regulatory Private Law. The Paradigms Tested*, a cura di H.-W. Micklitz, Y. Svetiev, G. Comparato, *EUI Working Papers*, 2014, 69.

<sup>16</sup> A. GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, *Riv. Dir. Civ.*, 2010, I, 761 (ora anche in *Id.*, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013, 227).

<sup>17</sup> N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1996.

<sup>18</sup> R. SACCO, *L'interpretazione*, in *Tr. Dir. civ.* diretto da R. Sacco, *Le fonti del diritto italiano 2. Le fonti non scritte e l'interpretazione*, Torino, 1999, 291.

<sup>19</sup> P. RICOEUR, *De l'interprétation. Essai sur Freud*, Paris, 1965, trad. it. *Dell'interpretazione. Saggio su Freud*, Milano, 1967, 46 ss.

<sup>11</sup> CAMARDI, *Certezza*, cit., 10 ss.

<sup>12</sup> Sotto il profilo delle fonti interne del diritto privato la portata del mutamento è efficacemente ricondotta da F. PIRAINO, *La questione della «giustizia contrattuale»*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 233, 238, al «deciso spostamento dell'asse dallo Stato-regolatore allo Stato-decisore, dalla legislazione alla giurisdizione», anche se l'orientamento della giurisdizione non è nel senso, temuto dall'Autore, dell'acritica recezione della prassi mercantile, ma in quello – opposto – di una *unmittelbare Drittwirkung* non sempre rispettosa del criterio di universalizzabilità alla base del controllo di razionalità delle decisioni. Criticamente: E. SCODITTI, *Dire il diritto che non viene dal sovrano*, in *Questione giustizia*, 2016, 129; N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, ivi, 33 ss.; M. NUZZO, *Abuso del diritto e "nuovo" riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 966 ss.

<sup>13</sup> Sulle ripercussioni metodologiche del fenomeno (superficialmente) sintetizzato in termini di declino dello Stato: C. WENDEHORST, *The State as a Foundation of Private Law Reasoning*, in R. Michaels e N. Jensen, *Beyond the State? Rethinking Private Law*, Tübingen, 2008, 145. Per una lettura di questa dinamica nel quadro della «relentlessly expansionary dynamic of the Union» a partire dall'Atto Unico: N. WALKER, *The Philosophy of the European Union Law*, in *The Oxford Handbook of European Union Law*, ed. by D. Chalmers and A. Arnull, Oxford, 2015, 3, 12 ss.

<sup>14</sup> C. CAMARDI, *Certezza*, cit., 173. Vale anche per gli studiosi del diritto privato la lezione di K. TUORI, *On legal hybrids*, in H.-W. Micklitz and Y. Svetiev (eds.), *A Self-sufficient European Private Law: A Viable Concept*, Fiesole: EUI

affermare che, rispetto al caso concreto, vera fonte del diritto è solamente l'interpretazione di quel caso, che tuttavia si pone come meramente dichiarativa rispetto all'astratta volizione statale»<sup>20</sup>.

In una comunità scientifica improntata al positivismo statale la fortuna di una tesi interpretativa dipende dalla maggiore o minore possibilità di riduzione al sistema delle fonti dell'ordinamento giuridico dello Stato, asseverata in base ai metodi tradizionali di interpretazione. Nel caso limite di una comunità votata all'impresa di ridefinire integralmente i rapporti tra legge dello Stato e fonti *extra ordinem* in termini di recezione o qualificazione di fatti extra-giuridici, quale indubbiamente è stata la cultura giuridica italiana dal decennio a ridosso della codificazione alla «prima costituzionalizzazione»<sup>21</sup> del diritto privato, il metodo di interpretazione degli atti normativi pubblici e privati è trincerato per cooptazione nelle fonti formali, fino a prefigurare una situazione legale pura: «un regime caratterizzato non dall'assenza di interpretazioni inventive, ma dall'assenza di interpretazioni dotate di autorità non commisurata al loro grado di conformità alla legge»<sup>22</sup>.

In una comunità scientifica improntata al positivismo statale, infine, l'autonomia privata è un fatto sociale regolato, fonte di rapporti cui lo Stato conferisce il crisma della «forza di legge». E anche questa rappresentazione, naturalmente, pare fatta apposta per salvare il fenomeno del monopolio statale delle fonti e, insieme, mantenere in vita «the illusion that the 'law' will protect the public against any abuse of freedom of contract»<sup>23</sup>.

Nell'art. 19, primo comma, TUE (già art. 229 (1) TCE) ora è scritto che la Corte di Giustizia «assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei Trattati». Al pari del vincolo del giudice «an Gesetz und Recht» nella Costituzione di Bonn (art. 20, terzo comma)<sup>24</sup>, ma

con una direzione di senso diversa, la formula «deliberately goes beyond a mere positivist concept of law»<sup>25</sup>, e così è stata efficacemente adoperata dalla Corte<sup>26</sup>. Che l'interpretazione sia fonte di diritto, con efficacia per giunta *erga omnes*, oggi è insomma una verità giuridica, non puramente storica e filosofica: un'affermazione (*Soll-Satz*) relativa a una norma (*Soll-Norm*)<sup>27</sup> retta da una disposizione di rango costituzionale, applicata dai Giudici del Lussemburgo al fine di costituire, modificare, estinguere regole nazionali in forza di principi certo non trovati, ma neppure inventati di sana pianta. Contro apologie edulcorate e drammatizzazioni inquisitorie conviene insomma riconoscere apertamente che quella giurisprudenza è autentica posizione di diritto e che l'idea di un diritto anteriore e superiore alle leggi, che le Corti si limiterebbero a dichiarare, è un'ennesima variazione sul tema molto moderno della deresponsabilizzazione del giudice<sup>28</sup>: *bouche du Droit*.

Distinta – ma collegata alla precedente – è la questione se il diverso tenore delle disposizioni di rango costituzionale che in ossequio alla separazione dei poteri vogliono il giudice soggetto «soltanto» alla legge — art. 101, secondo comma, Cost. it. e art. 97, primo comma, GG<sup>29</sup> — esprima

---

parole di una celebre decisione – «nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den „fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft“»: così BVerfGE 34, 269. Le radici teoriche di questo orientamento si leggono in K. LARENZ e K. W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., 1995, p. 153 ss. Una analisi critica delle radici storiche e delle implicazioni costituzionale: B. RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Tübingen, 2005 (1968) 114 ss.; Id., *Die neuen Herren - Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluss des Richterrechts*, «Zeitschrift für Rechtsphilosophie», 3, 2005, 1.

<sup>25</sup> N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, 2015, 2.

<sup>26</sup> V. VAN GERWEN, *About Rules and Principles, Codification and Legislation, Harmonization and Convergence, and Education in the Area of Contract Law*, in *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, a cura di A. Arnulf, P. Eeckhout, e T. Tridimas, Oxford, 2008, 400-414.

<sup>27</sup> H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1990, 88 ss.

<sup>28</sup> G. TARELLO, *Atteggiamenti culturali sulla funzione del giurista-interprete*, in *Diritto, Enunciati, Usi*, Bologna, 1974, 475 ss.; M. TROPER, *Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?*, in *Pouvoirs*, 1981, 12; N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1121. P. GROSSI, *Il giudice civile. Un interprete?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 1138.

<sup>29</sup> Per opposte prese di posizione nella dottrina tedesca: W. HASSEMER, *Rechtssystem und Kodifikation: die Bindung des Richters an das Gesetz*, in *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart*, a cura di W. Hassemer, Neumann/Saliger (Hrsgs.), Heidelberg, 2019<sup>9</sup>,

<sup>20</sup> T. ASCARELLI, *Il problema delle lacune nel diritto privato*, cit., 223. Molti anni dopo, nel saggio *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, 186, si legge: «questa funzione storicamente creativa dell'interpretazione» è «insita nella sua stessa natura e si svolge perciò necessariamente in mancanza di qualsiasi espressa autorizzazione legale».

<sup>21</sup> E. NAVARRETTA, *Costituzione*, cit., 1 ss.

<sup>22</sup> L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, 505s.

<sup>23</sup> F. KESSLER, *Contracts of Adhesion-Some Thoughts About Freedom of Contract*, 43 *Colum. L. Rev.* 629 (1943), 641, esule come Ascarelli dall'Europa nazifascista.

<sup>24</sup> Dove il riferimento al «diritto» apre uno spazio di discrezionalità per il Giudice, che in assenza di una disposizione applicabile al caso è chiamato a giudicare – nelle





un punto di vista radicalmente diverso e incompatibile sul diritto<sup>30</sup>. La struttura «irreducibly open-textured»<sup>31</sup> del linguaggio, che imprime agli atti aventi forza di legge la qualità di una δύναμις, essere-in-potenza, è la premessa di una presa di posizione non ideologica in merito. Nella misura in cui il contenuto normativo di una disposizione è sempre una funzione dell'applicazione al caso, il senso della legge è sempre caratterizzato da un rapporto «intensionale» con i fatti<sup>32</sup>. La partecipazione del giudice alla formazione del diritto per mezzo di norme individuali costitutive<sup>33</sup> insiste su un sedimento roccioso di logica del linguaggio.

D'altra parte la relativa indeterminatezza delle disposizioni di legge è ricorsiva: torna al livello delle interpretazioni, particolarmente nei giudizi di legittimità<sup>34</sup>, sul crinale tra giustizia del caso singolo e «indefinita applicazione che una legge può trovare nell'avvenire»<sup>35</sup>. Le riforme introdotte in Italia per estendere e rinsaldare la struttura piramidale dell'ordinamento giudiziario, con attribuzione ai vertici di dichiarare il «principio di diritto» nei confronti di decisori (merito e sezioni semplici) recalcitranti<sup>36</sup>, mostrano che la diade

‘disposizione e norma’ scivola pericolosamente nella *mise en abîme*: intesa in senso assoluto, riproduce all'infinito le condizioni della propria rappresentazione.

I limiti analitici di un'opposizione che da decenni struttura la teoria giuridica s'intendono alla luce della grammatica dell'espressione ‘seguire una regola’: «Jede Deutung hängt, mitsam dem Gedeuteten, in der Luft; sie kann ihn nicht als Stütze dienen»<sup>37</sup>. Significanti e significati, lasciati a se stessi, restano «sospesi nell'aria» e non decidono il senso delle leggi e dei precedenti<sup>38</sup>. A questo scopo c'è bisogno di una tecnica, un saper-fare verificato nella prassi e trasmesso nell'educazione, per riprodurre continuamente le condizioni di appartenenza di frammenti di testo e di decisione a una tradizione in movimento: istituzioni, concetti dogmatici, modelli di decisione e di argomentazione – i «paradigmi – interni alla giuridicità comprensivamente intesa»<sup>39</sup> – senza i quali non sarebbe possibile ragionare di disposizioni, norme, precedenti, perché non avremmo un linguaggio adatto allo scopo.

Da queste considerazioni discende un principio di risposta alla domanda, se la soggezione del giudice «soltanto» alla legge nella Costituzione italiana e nel *Grundgesetz* esprima un concetto di diritto poi così distante da quello espresso nell'art. 19 TUE, nell'interpretazione della Corte di Giustizia. Il potere-dovere di garantire il rispetto del ‘diritto’ è un officio, iscritto nella funzione giurisdizionale con efficacia maggiore o minore in ragione della posizione e del ruolo dell'organo giudicante, e non è *direttamente* inciso da disposizioni che riguardano piuttosto l'indipendenza del giudice<sup>40</sup>; per le stesse ragioni, si deve respingere il pregiudizio eguale e contrario, che esalta unilateralmente il momento dell'applicazione, quand'anche nell'accezione di orientamento consolidato delle corti superiori, o diritto vivente, e procedere nella direzione di «una costruzione complessa del principio di legalità»<sup>41</sup>. L'illusione di chiudere il significato del diritto in una formula, che rinvia ora alla legge, ora alla giurisdizione, ora alla scienza, perdendo di vista la «forma di vita» che la esprime, si fonda sull'incomprensione della natura

227; D. SIMON, *Pianisten*, in *myops, Berichte aus der Welt des Rechts*, 2007, 21; B. RUTHERS, *Die Neuen Herren – Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts*, in *Zeitschrift für Recht und Philosophie*, 2005, 1.

<sup>30</sup> Autorevolmente, M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali, IX (2016), 391, 401, in forza di una *reductio ad absurdum* della distinzione tra disposizione e norma, resa classica in Italia da V. CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 195 ss., 209 e convalidata dalla teoria analitica del linguaggio: G. TARELLO, *Introduzione al linguaggio precettivo*, in *Diritto*, cit., 135 ss. e R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 97 ss.).

<sup>31</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1994<sup>2</sup>, 124 ss.

<sup>32</sup> Nel senso di G. FREGE, *Sinn und Bedeutung*, in *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, 1892, 25 ss. La (altrimenti poco sensata) questione di chi – tra il caso o la legge – abbia «priorità» nell'interpretazione, molto si semplifica alla luce della distinzione tra senso e significato.

<sup>33</sup> H. KELSEN, *Dottrina*, cit., 384 s.

<sup>34</sup> M. LUCIANI, *Interpretazione*, cit., 422. La critica indubbiamente esprime un forte argomento contro la retorica del giudice «creatore» di diritto, ma non dimostra affatto che l'interpretazione giudiziale sia «estrazione di significati da significanti» e neppure che l'interpretazione testuale sia soggetta a procedure di falsificazione/verificazione.

<sup>35</sup> N. IRTI, *Le due Cassazioni civili (in difesa della motivazione)*, in *Contratto e impresa*, 2017, 11 ss.

<sup>36</sup> L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, 14, espone efficacemente in questi termini il significato del potere di enunciare il «principio di diritto» all'indomani della riforma dell'art. 363 e 384 c.p.c.: «da veicolo dell'esatta osservanza della legge – nel senso di applicazione – a cui il giudice del rinvio deve uniformarsi, a manifesto dell'esatta

osservanza della legge – nel senso di interpretazione – indirizzato potenzialmente a tutti i giudici».

<sup>37</sup> L. WITTGENSTEIN, *Philosophische Untersuchungen/Philosophical Investigations*, London, 1999 (1953<sup>1</sup>), 198.

<sup>38</sup> *Ivi*, loc. cit.

<sup>39</sup> U. BRECCIA, *Discorsi*, cit., 413.

<sup>40</sup> G. GORLA, *Postilla su “l'uniforme interpretazione della legge e i Tribunali supremi”*, in *Foro it.*, 1976, 127, 137 s.

<sup>41</sup> E. NAVARRETTA, *Costituzione*, cit., 171.

storica, sociale e diffusa del governo delle azioni umane.

La restituzione del diritto positivo alla totalità della propria esperienza si iscrive in modo originale nella fenomenologia del «dire-il-vero» in occidente, al centro dell'ultima fase della ricerca e dell'insegnamento di Michel Foucault<sup>42</sup>. Nella misura in cui non si limita alla trasmissione di una *techne*, ma implica una «critica dei pregiudizi, dei saperi esistenti, delle istituzioni dominanti, dei modi di fare attuali»<sup>43</sup>, la riflessione sul rapporto tra le fonti e l'interpretazione partecipa del «parlar franco», del «dire tutto» (*parrhesia*) come «diritto di dire il vero», e del campo metamorfico e fratto dei discorsi per mezzo dei quali il governo del sé (individui e istituzioni) è affidato alla parola dell'altro<sup>44</sup>.

L'esercizio di *parrhesia* sul diritto delle dottrine e dei movimenti antiformalisti del Novecento ha determinato una conversione nell'analisi dei principi: da proposizioni generali e apicali interne al sistema del diritto positivo, assunte a premesse di giudizi determinanti, o sussuntivi, a *Gesichtspunkte* del giudizio riflettente<sup>45</sup>, adoperati ora come premessa dell'argomentazione, per mettere in luce relazioni tra fattispecie, disposizioni, istituti non analiticamente contenute nel sistema, idonee a giustificare un'interpretazione nuova delle regole esistenti, ora come direttiva teleologica, volta alla riduzione o al superamento delle regole esistenti e all'applicazione di regole generali nuove. L'interpretazione conforme a Costituzione e l'interpretazione del diritto interno alla luce dei

<sup>42</sup> Cfr. M. FOUCAULT, *Le courage de la vérité. Le gouvernement de soi et des autres* II. Cours au Collège de France, Paris, 2008, trad. it. *Il coraggio della verità*, Milano, 2011, 35-42, sulla distribuzione dei modi fondamentali del «dire-la-verità» nelle coppie fondamentali: profezia-religione, filosofia-essere, sapere pratico-tecnica, parlar franco (*parrhesia*)-etica e politica.

<sup>43</sup> *Ivi*, 42.

<sup>44</sup> *Ivi*, 20, 49.

<sup>45</sup> Nel senso kantiano di un modo di giudicare che a differenza dei giudizi «sussuntivi» (o determinanti) non dispone di concetti generali ma li cerca, non è oggettivo (non dice nulla dell'oggetto, non lo spiega), e ciò nondimeno «estende [il predicato] all'intera sfera dei giudicanti»: I. KANT, *Kritik der Urteilskraft*, trad. it. *Critica della facoltà di giudizio* a cura di E. Garroni e H. Honegger, Torino, 1999, 57, 139 (in questa pagina il giudizio estetico è preso a modello di un «procedimento» che si manifesta in forma esemplare quando diciamo sì una cosa che è «bella», ma che «il Giudizio deve usare anche nella più comune esperienza»). Sulle potenzialità del paradigma del giudizio riflettente per la teoria giuridica: P. RICOEUR, *Interpretazione e/o argomentazione*, in *Ars Interpretandi*, 1996, 77; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 1; ID., *Dogmatica giuridica*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1999, 25, 46; V. CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali VII, Milano, 2015, 447, 474 s.

principi espressi nelle direttive inattuato sono due manifestazioni notevoli della prima tecnica, l'interpretazione del diritto nazionale secondo il canone dell'effettività del diritto europeo è un esempio della seconda<sup>46</sup>.

### 3. Dalla fattispecie alla fonte: il contratto nel diritto europeo.

Lo svolgimento, in forza del quale «chi ha la potestà di giudicare dà pienezza di determinazione al diritto che preesiste al suo giudizio»<sup>47</sup>, con effetti sistemici di «irritazione» ogni volta che la coerenza interna è sacrificata a un'esigenza di adattamento all'ambiente esterno<sup>48</sup>, non è una prerogativa del diritto unitario: l'impatto della Costituzione sul diritto privato è stato altrettanto e forse più significativo<sup>49</sup>. Ma nel quadro dell'analisi del diritto dell'Unione, all'intersezione tra (teoria degli) ordinamenti pubblici e (teoria dei) poteri di ordinamento privati, la crisi delle «forme logiche» tradizionali alimenta una riflessione problematica nuova sulle relazioni tra autonomia, interpretazione, fonti del diritto, istituzioni politiche.

Dal punto di vista del diritto privato comune nazionale il problema dell'autonomia contrattuale è stato e sostanzialmente è ancora il problema della rilevanza dell'accordo: quali condizioni procedurali e sostanziali sono, in generale e in linea di massima, *a priori* necessarie affinché a un atto privato, esterno al sistema delle fonti ufficiali, sia attribuita «forza di legge tra le parti». Il problema dell'autonomia negoziale dal punto di vista dei contratti tra professionisti e consumatori, per contro, è quali condizioni, ulteriori rispetto alle condizioni generali e *a priori* di rilevanza *inter partes*, devono sussistere affinché un atto privato sia posto alla base di una decisione secondo diritto e integrato nella regolamentazione del mercato interno<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> E. NAVARRETTA, *Costituzione*, cit., 3 ss., 27 ss.

<sup>47</sup> U. BRECCIA, *Discorsi*, cit., 378.

<sup>48</sup> N. LUHMANN, *Law As a Social System*, 83 Nw. U. L. Rev. 136 (1988-1989); ID., *Legal Argumentation: An Analysis of Its Form*, 58 *Modern L Rev* (1995) 285; G. TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies* 61 *Modern L Rev* 1998, 11.

<sup>49</sup> NAVARRETTA, *Evoluzione*, cit., 589 ss.

<sup>50</sup> Efficacemente A. NERVI, *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in *I poteri privati e il diritto della regolazione A quarant'anni da «Le autorità private» di C.M. Bianca*, Roma, 2018, 504 ss., 513: «il legislatore europeo guarda non tanto al singolo contraente ed agli interessi che questi persegue tramite il contratto, bensì al ruolo che quel contraente - effettivo o potenziale - può giocare sul mercato di riferimento e sul funzionamento di quest'ultimo».



Quando ancora il giudizio di abusività delle clausole nei contratti tra professionisti e consumatori all'interpretazione del diritto nazionale, nella duplice valenza (i) sostanziale, di misura dello squilibrio conseguente alla deroga al diritto dispositivo<sup>51</sup>, e (ii) processuale, di strumento efficace di reazione alle conseguenze dell'abuso<sup>52</sup>; subordina l'immunità dei *core terms* all'intelligibilità del funzionamento del contratto<sup>53</sup>; impone il coordinamento tra tutele individuali e tutela collettiva, con effetto *erga omnes* e *pro futuro*<sup>54</sup>, la Corte di Giustizia formula altrettante regole di riconoscimento<sup>55</sup>, necessarie affinché una manifestazione sostanzialmente unilaterale di potere regolatorio privato<sup>56</sup> sia integrata nelle fonti del dispositivo della sentenza.

<sup>51</sup> C-415/11, *Mohamed Aziz v Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa* ECLI:EU:C:2013:164, 68 e 74; C-421/14, *Banco Primus SA v Jesús Gutiérrez García*, ECLI:EU:C:2017:60, 59; C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciuc and Others v Banca Românească SA*, ECLI:EU:C:2017:703, 59. Si specchia in questa giurisprudenza la classica dottrina della *Leitbildfunktion* del diritto dispositivo, «normalen Ordnung des betreffenden Lebensverhältnissen»: L. RAISER, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Hamburg, 1935, 293; H. KÖTZ, *Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung*, in *Jus*, 2013, 289), presente del resto sullo sfondo del diritto tedesco: cfr. § 307 (2) 1 («Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist») e il commento di A. FUCHS, § 307. *Inhaltskontrolle*, in *AGB-Recht Kommentar*, a cura di P. Ulmer, H.E. Brandner, H.-D. Hensen, M. Bieder, Köln, 2011<sup>11</sup>, 564, 711. Nella letteratura italiana sulla funzione idealtipica delle regole dispositive si v. i pregevoli studi di M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale*, Torino, 2011, 314 ss.; Id., *Integrazione del contratto e norme dispositive*, in *Il contratto*, a cura di A. Federico e G. Perlingieri, Napoli, 2017, 33.

<sup>52</sup> C-180/2013 *RWE Vertrieb AG v Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV* ECLI:EU:C:2013:180; C-415/11, *Aziz*.

<sup>53</sup> C-26/13, *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné, Rábai c. OTP Jézálogbank Zrt*, ECLI:EU:C:2014:282.

<sup>54</sup> C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. Invitel Távközlési Zrt. Invitel*, ECLI:EU:C:2012:242, 23 ss., e il commento di N. REICH, *Der Effektivitätsgrundsatz im EU-Verbraucherrecht—die Bedeutung des Art. 47 Charta der Grundrechte der EU, 27 Verbraucher und Recht* (2012) 334; C-191/15 *Verein für Konsumenteninformation c. Amazon EU Sarl*, ECLI:EU:C:2016:612, 56; C-119/15, *Biuro Podróży Partner Sp. z o.o. Sp. komandytowa w Dąbrowie Górniczej v Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, ECLI:EU:C:2016:987.

<sup>55</sup> Nel senso di H.L.A. HART, *Concept*, cit., 94 ss.

<sup>56</sup> Questo aspetto è costantemente enfatizzato nell'ultimo decennio quale fondamento del sistema di protezione riservato al consumatore: cfr. C-488/11, *Dirk Frederik Asbeek Brusse*, ECLI:EU:C:2013:341, 60, 31; C-110/14, *Horatiu Ovidiu Costea contro SC Volksbank România SA*, ECLI:EU:C:2015:538; C-169/14, *Juan Carlos Sánchez Morcillo e María del Carmen Abril García contro Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, ECLI:EU:C:2014:2099, 22; C-

La prima regola affianca al contesto inteso come situazione comune alle parti al momento della formazione del contratto (cfr. art. 1362, comma secondo, c.c. it.), una nozione normativa di contesto, come totalità delle relazioni intertestuali tra il contratto e le fonti (sostanziali e processuali) regolatrici dell'atto e del rapporto obbligatorio<sup>57</sup>, nell'interpretazione delle Corti superiori. Il giudizio di abusività delle clausole non è dopotutto «sospeso nel vuoto»: il contratto, regola del rapporto tra le parti, s'interpreta per mezzo delle altre fonti. E viceversa: l'idoneità del diritto nazionale a esprimere la regola del rapporto è interpretata in rapporto al contratto *sub iudice*, al punto che né l'integrazione mediante disposizioni imperative e dispositive<sup>58</sup>, né la clausola di rinvio al diritto nazionale<sup>59</sup> sono al riparo da una valutazione di adeguatezza e pertinenza al caso concreto<sup>60</sup>, che un Autore ha riassunto nella formula della «giustizia» di una decisione<sup>61</sup>.

La seconda regola di riconoscimento collega il parametro della trasparenza alla prevedibilità degli effetti e, così, iscrive nel contratto un principio (minimo ma necessario) di razionalità materiale, proprio delle regole come dispositivi di governo dell'incertezza<sup>62</sup>.

147/16, *Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen VZW v Susan Romy Jozef Kuijpers*, ECLI:EU:C:2018:320, 54.

<sup>57</sup> C-237/02, *Freiburger Kommunalbauten GmbH e altri c. Hofstetter*, ECLI:EU:C:2004:209. Il metodo è messo a punto nella Giurisprudenza sull'art. 101 TFUE: v. C-430 e 431/93, *Jeroen van Schijndel and Johannes Nicolaas Cornelis van Veen v. Stichting pensioenfond voor Fysiotherapeuten*, ECLI:EU:C:1995:441.

<sup>58</sup> C-51/17, *OTP Bank Nyrt. e OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt contro Teréz Ilyés e Emil Kiss*, ECLI:EU:C:2018:750.

<sup>59</sup> In questi termini AG Kokott, 19 marzo 2020, nella causa C-81/19, *NG, OH contro SC Banca Transilvania SA*, per cui la clausola riproduttiva di una norma di legge (nella specie il principio nominalistico ex art. 1578 Codul civil rumeno) non è immune dal giudizio di abusività, se dall'esame della disposizione risulta che la regola del rapporto ivi dettata è estranea e al limite incompatibile col fine di «stabilire un giusto equilibrio di interessi tra professionisti e consumatori». Nella sentenza del 9 luglio scorso peraltro la Corte ha disatteso l'indicazione dell'AG. Per un primo commento critico: F. MORELLO, *Norme suppletive non derogate e giudizio di vessatorietà*, in corso di pubblicazione sulla NGCC (ringrazio l'Autore per avere messo a mia disposizione il manoscritto).

<sup>60</sup> C-186/16, *Andriciuc*, 30 (e l'opinione dell'AG Wahl, 59); C-34/13, *Monika Kušionová contro SMART Capital, a.s.*, ECLI:EU:C:2014:2189, 79.

<sup>61</sup> U. BRECCIA, *Che cos'è «giusto» nella prospettiva del diritto privato?*, in *Interrogativi sul diritto «giusto»*, Pisa, 2002.

<sup>62</sup> C-472/10, *Invitel*, 28: «in the assessment of the 'unfair' nature of a term, within the meaning of Article 3 of the Directive, the possibility for the consumer to foresee, on the basis of clear, intelligible criteria, the amendments, by a seller or supplier, of the GBC [general business terms of the



La terza regola di riconoscimento sottopone l'esercizio unilaterale dei poteri regolatori privati a una «privatrechtliche Kontrollkompetenz» nell'interesse pubblico e prefigura lo sviluppo di dispositivi efficaci di coordinamento sia tra azioni individuali e azioni collettive, sia tra *public* e *private enforcement*<sup>63</sup>.

Questa giurisprudenza rappresenta una potente forza di armonizzazione minima e dal basso degli *standards* contrattuali prodotti dalle organizzazioni private nei settori strategici del credito, dei mutui immobiliari, delle assicurazioni, delle *utilities*. Il potere giudiziale di controllo *ex officio* e *a posteriori* del «diritto» europeo s'intende, in questa prospettiva, alla luce del *favor* dell'Unione per l'integrazione e il coordinamento tra regolazione pubblica e privata, in relazione a una serie di variabili che si compendiano in una valutazione di ordine pubblico europeo<sup>64</sup>, catturata nella formula *framed autonomy*<sup>65</sup>:

[T]he general principle of autonomy cannot be theoretically and practically conceived without the existence of the countervailing principles of its limitations under public interest criteria which try to avoid abuses by a unilateral exercise of these freedoms by the stronger party to a contract, or to the detriment of competition and open markets.

L'orizzonte schiuso all'apprezzamento nel merito e in concreto dell'esercizio dei poteri di autonomia dal concetto di *framed autonomy* rappresenta una grossa fonte di disorientamento per un pensiero educato a procedere sul binario

---

supplier] with regard to the fees connected to the service to be provided is of fundamental importance»; C-92/11, *RWE Vertrieb*, 53; C-143/13, *Bogdan Matei and Ioana Ofelia Matei contro SC Volksbank România SA*, EU:C:2015:127, 74.

<sup>63</sup>C-381/14, *Jorge Sales Sinués and Youssouf Drame Ba v CaixaBank SA and Catalunya Caixa SA*, ECLI:EU:C:2016:252. F. CAFAGGI, *Towards Collaborative Governance of European Remedial and Procedural Law?*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 2019, 235.

<sup>64</sup>Nel corso inaugurato da C-430/93, *van Schijndel*, 13 s.; C-227/08 *Eva Martín Martín v EDP Editores SL*, ECLI:EU:C:2009:792; C-168/05, *Elisa María Mostaza Claro v. Centro Móvil Milenium SL*, 29, 39 e prima: C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton NV*, ECLI:EU:C:1999:26, 37. Prima che le istituzioni europee si interessassero del diritto privato, il contrasto agli effetti di segmentazione (*partitioning*) del mercato interno realizzati dalle clausole di discriminazione dei prezzi (*dumping*, *dual-pricing*) negli accordi di distribuzione ha rappresentato il fondamento del diritto della concorrenza: *Rapport des Chefs de Délégation aux Ministres des Affaires Étrangères*, Bruxelles, 1956, 16: «Des règles de concurrence qui s'imposent aux entreprises sont donc nécessaires pour éviter [...] que la repartition des marchés se substitue à leur cloisonnement». Cfr. P. I. COLOMO, *Article 101 TFEU and Market Integration*, in (2016) 12 *Journal of Competition Law & Economics*, 749, per un'analisi sistematica della giurisprudenza sugli accordi di *partitioning*.

<sup>65</sup>N. REICH, *General principles*, cit., 21.

tracciato dalla sequenza *fattispecie-interpretazione-qualificazione-(integrazione)-effetti*, in ossequio alla separazione (*a priori*) tra interessi pubblici e privati e, di qui, alla divisione sia delle fonti di integrazione del contratto in imperative e dispositive, sia delle modalità di tutela in amministrativa e ordinaria, assoluta o relativa, *erga omnes* o *inter partes*<sup>66</sup>. Questa rappresentazione s'intende sullo sfondo storico e ideologico della grande dicotomia tra volontà individuali e volontà generale e del metodo di esposizione sillogizzante delle premesse in fatto e in diritto della decisione<sup>67</sup>, ma restituisce un'immagine parziale e distorta della relazione tra l'interpretazione e le fonti. La questione apparirebbe invero in una luce completamente diversa se, accantonando la divisione positivista tra interpretazione e integrazione del contratto, ricostruzione del «fatto» e applicazione del «diritto», considerassimo l'autonomia contrattuale come fonte di diritto oggettivo. Delle due, infatti, l'una: o il principio di autonomia è inteso nel senso della intangibilità del contratto da parte dei giudici, salvo che una legge di stretta interpretazione li autorizzi, nel qual caso vive effettivamente in una dimensione estranea al diritto amministrato dagli organi dello Stato, oppure le manifestazioni dell'autonomia privata entrano nella dinamica giuridica come fonti del dispositivo della sentenza, e il loro valore è determinato in rapporto alle altre fonti, come una grandezza relazionale.

Le pagine che seguono propongono una lettura dell'interpretazione degli atti di autonomia nel passaggio dalla prospettiva nazionale alla prospettiva europea e dalla fattispecie alla fonte. Intendo sostenere, in particolare, che è vano pretendere di estrarre da un concetto universale di autonomia privata le coordinate per stabilire il senso del contratto rilevante per l'ordinamento; al contrario, c'è bisogno di una teoria dell'ordinamento e delle fonti del diritto per interpretare le regole di fonte privata. C'è bisogno, in particolare di lasciar cadere la causa dell'illusione denunciata da Kessler e abbracciare

---

<sup>66</sup>S. MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, 605; V. SCALISI, *Invalitù e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità*, cit., 137; O. CHEREDNYCHENKO, *Public Supervision over Private Relationships: Towards European Supervision Private Law?*, *ERPL*, 2014, 37.

<sup>67</sup>Determinazione del «fatto» l'interpretazione del contratto, interpretazione del diritto (inteso come legge) l'integrazione, come se «l'integrazione riguardi il contratto interpretato e non sia piuttosto l'interpretazione che debba necessariamente riferirsi al contratto integrato»: così N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 215, 230.







un'idea dell'autonomia privata come fonte di diritto oggettivo.

## II.

### 4. Per una dogmatica dell'opera aperta.

Termine *a quo* della periodizzazione proposta al principio di questo studio è la grande disputa sul problema dell'interpretazione che nei venti anni a monte della Codificazione civile vide i più autorevoli giuristi italiani prendere posizione tra quanti, per lo più filosofi del diritto, tentano di preservare «un “luogo” dell'ermeneutica in qualche modo resistente a una minimizzazione del diritto giurisprudenziale»<sup>68</sup> e quanti invece, per lo più studiosi del diritto positivo, ribadiscono la verità dogmatica dell'interpretazione come «lavoro esclusivamente logico» di sussunzione del fatto alla norma<sup>69</sup>. Con vittoria di questi ultimi, all'insegna di uno statualismo fanatico o smalzato<sup>70</sup>. In quella cornice la sintesi sull'ermeneutica negoziale accolta nel Codice si è affermata con la forza geometrica di un sistema di assiomi: l'ordinamento come sistema chiuso e completo di imperativi legali<sup>71</sup>, l'interpretazione come attività ricognitiva del senso che «è già nelle leggi o nel loro sistema»<sup>72</sup>, il negozio come fattispecie, intento empirico cui l'ordinamento attribuisce efficacia giuridica<sup>73</sup>.

L'immagine dell'interpretazione dei contratti consacrata nel Codice civile – «procedimento logico-giuridico» diretto a «determinare il senso rilevante per il diritto della manifestazione di volontà contrattuale»<sup>74</sup> – segue come un corollario da quelle premesse: *logicità* e *giuridicità* denotano, rispettivamente, la forma (sillogistica) e la sostanza (eteronoma) dell'interpretazione, segnando i confini ideali della competenza legislativa e giudiziale, mentre l'ascrizione dell'indagine al momento del giudizio di fatto sancisce la natura extra-ordinamentale, e in ultima analisi extra-giuridica, dell'autonomia privata.

Nella realizzazione di questo programma, il legislatore del 1942 aveva attinto a un vasto archivio di opinioni e massime consolidate nel vigore del vecchio Codice. Né la classificazione delle regole in “oggettive” e “soggettive”, né il loro ordinamento secondo un criterio di sussidiarietà erano estranei a quella tradizione, dove rivestivano tuttavia un ruolo reminiscente dell'*interpretatio* nel diritto comune, illustrata da Gino Gorla in un saggio memorabile<sup>75</sup>. In quella cornice pluriordinamentale *rationes et auctoritates* pressoché identiche governavano la divisione del lavoro tra giudici e legislatori<sup>76</sup>. Trapiantate nella forma-codice e in una visione monistica delle fonti, le stesse *rationes* acquistano il senso, per certi aspetti riduttivo e certamente diverso, di regole cogenti sul modo di interpretare le leggi e gli atti di autonomia privata. Un segno duraturo di questa trasformazione è la parabola della massima *in claris*: da criterio di separazione di competenza tra fonti scritte e fonti non scritte nel diritto comune<sup>77</sup> all'uso moderno, e fallace, di regola d'interpretazione dichiarativa del significato «chiaro» e perciò «vero» di un testo. Lo stesso vale, a parti rovesciate, per l'*intentio auctoris* e la divisione dei canoni ermeneutici in soggettivi e oggettivi. Nella misura in cui l'interpretazione di un clausola contrattuale avanza un'ipotesi di

<sup>68</sup> P. COSTA, *L'interpretazione della legge: François Génys e la cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, in *Quad. fior.*, 1991, 367 ss., 437. L'occasione fu la prolusione romana di Giorgio Del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, ispirata a una polemica ripresa di temi del diritto naturale contro l'uso dei canoni ermeneutici a mo' di dispositivi di chiusura del sistema legale.

<sup>69</sup> *Ivi*, 439.

<sup>70</sup> T. ASCARELLI, *Il problema delle lacune nel diritto privato e l'art. 3 disp. prel. c.c.* (1865), in *Arch. Giur.*, 1925, ora in *Studi di diritto privato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, 209 ss., 223.

<sup>71</sup> Osserva P. COSTA, *L'interpretazione*, cit., 430: «un sistema giuridico (concepito come completo funziona dunque in realtà soltanto grazie all'attivazione (almeno in “ultima istanza”) di principi generali (ritenuti) capaci di fornire comunque la soluzione (sistematicamente necessitata) del caso. E, viceversa, perché un sistema giuridico possa dirsi completo (completo “in sé, auto-sufficiente”) occorre che i principi generali siano concepiti come un momento interno al sistema giuridico positivo, come il più alto gradino di una scala che mette in comunicazione i più alti piani dell'edificio normativo, ma non conduce fuori di esso».

<sup>72</sup> Criticamente: G. GORLA, *I precedenti storici dell'art. 12 delle disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, in *Foro It.*, 1969, V, 112 ss., 130.

<sup>73</sup> G. MESSINA, *L'interpretazione dei contratti*, *Scritti giuridici*, Milano, 1948, 162.

<sup>74</sup> C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, Padova, 1939, p. 105.

<sup>75</sup> G. GORLA, *I precedenti storici*, cit., 115: «una legge che non sia chiara ed espressa sul caso non può “deciderlo” per sé come autorità vincolante o assoluta di decisione (come “autorità necessaria”): sarà essa stessa oggetto di dubbio o di interpretazione, e in questa “decideranno”, sia pure in modo non vincolante, i dottori e i tribunali, mediante un concorso (o una dialettica) di autorità e ragioni».

<sup>76</sup> ROMANO (Santi), *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983 [1947<sup>1</sup>], 14 ss., 17.

<sup>77</sup> G. GORLA, *I precedenti storici*, cit., 116: «Il “caso deciso dalla legge” o *casus legis* rappresentava il confine dell'interpretatio; se la legge appariva ingiusta o *irrationabilis*, si diceva *dura lex sed lex*; e questo detto, spesso usato da autori e tribunali dell'epoca, deve intendersi in questo senso, cioè limitato al “caso deciso dalla legge”, per il quale non era ammesso l'intervento delle *rationes* e delle *auctoritates*».

significato, la scelta del metodo può essere unicamente corroborata da argomenti rilevanti rispetto al caso da decidere, non mai decisa in via generale e astratta sulla base della minore o maggiore approssimazione alla volontà delle parti, assunta come un dato storico.

La positivizzazione del canone dell'*interpretatio*, con l'ausilio dei raffinati strumenti dogmatici della teoria del negozio giuridico, ha inscritto nell'ordinamento un'ermeneutica generale di stampo ottocentesco, che la nostra giurisprudenza dura fatica a scrollarsi di dosso: teoria delle fonti, teoria dell'interpretazione, teoria della divisione dei poteri come modi diversi di declinare il principio della sovranità del volere nella sfera pubblica e privata. Mutato quel che c'è da mutare, vale insomma anche a proposito del metodo di interpretazione dei contratti l'intuizione di Gino Gorla a proposito del metodo di interpretazione della legge: il senso e lo spazio operativo di quelle disposizioni cambierebbe radicalmente qualora fossero ricondotte al problema della divisione dei poteri tra giudici, legislatori, privati (individui e organizzazioni), nell'interpretazione e nell'integrazione delle manifestazioni dell'autonomia negoziale.

La fase di «scienza normale» della civilistica italiana si è esaurita col primo ciclo di interventi delle fonti secondarie comunitarie nel diritto privato nazionale. Il Trattato di Maastricht (1992) è il baricentro di un nuovo *funktionswandel*<sup>78</sup>, dopo la costituzionalizzazione del secondo dopoguerra, inaugurato dall'Atto Unico (1987) e calibrato sulla tutela dei consumatori<sup>79</sup>, che ivi attinge lo stato di politica della Comunità (art. 129a = art. 169 TUE), su basi formalmente autonome dal completamento del mercato interno (art. 100a = 114 TFUE). Le ragioni della scelta del *terminus ad quem* sono ora trasparenti: in questa fase l'ordinamento europeo pensa il diritto dei contratti non come uno strumento per attribuire efficacia giuridica agli accordi privati, alla maniera del diritto nazionale, ma come una tecnica tra le altre per promuovere e garantire la tutela delle libertà fondamentali nel mercato concorrenziale<sup>80</sup>, in una logica di separazione tra

(sistema delle) norme generali e (sistemi delle) discipline di settore<sup>81</sup>: diritto privato comune e diritto privato economico e sociale<sup>82</sup>.

Questa trasformazione è insieme la causa e l'effetto di un ripensamento radicale dell'autonomia privata nel rapporto tra la società civile e lo Stato, diverso dall'uso del diritto dei contratti per finalità di redistribuzione proprie del *welfare State* novecentesco e affine piuttosto a un esperimento di *Sozialer Marktwirtschaft*<sup>83</sup> su scala continentale. Nell'intuizione originaria dei contratti tra professionisti e consumatori l'istituzione e il funzionamento del mercato concorrenziale transnazionale esigono – «con una politica

---

*declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD, Trento 24-26 Settembre 2015, a cura di G.A. Benacchio e M. Graziadei, Napoli, 2015, 335, 344 ss. Adde, sulle differenze e i limiti della variante europea dell'ordo-liberalismo rispetto al modello originario: G. COMPARATO, Private Autonomy and Regulation in the EU Case-Law, in European regulatory private law – the paradigms tested, a cura di H. W. Micklitz, Y. Svetiev, G. Comparato, EUI Working papers, LAW 2014/04, 4 ss.; H. W. MICKLITZ, The Concept of Competitive Contract Law, 23 Penn State International Law Review (2009) 549, 562: «EC consumer law is, more than ever, focusing on the overall dimension of completing the Internal Market, but not – and how can it be – the formation of a European Privatrechtsgesellschaft».*

<sup>78</sup> Con tutti i problemi di coordinamento legati alla difficoltà di attivare i tradizionali criteri di raccordo tra le fonti, fin dalla relazione generale/speciale. Tra gli interventi di maggiore interesse: U. BRECCIA, *La parte generale tra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Il Diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, a cura di E. Navarretta, Milano, 2007, 52; G. DE CRISTOFARO, *Le discipline settoriali dei contratti dei consumatori*, in *Trattato dei contratti, V, Mercati regolati*, diretto da Roppo e Benedetti, Milano, 2014, 5 ss.; A. ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai "codici di settore"*, in *Un Giurista di successo. Studi in onore di Antonio Gambaro*, a cura di U. Mattei, Milano, 2017, 1335; A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contr.*, 2006, 172. Criticamente: T. DELLA MASSARA, *La «maggior tutela» del consumatore: ovvero del coordinamento tra codice civile e codice del consumo dopo l'attuazione della direttiva 2011/83/UE*, in *Contr. impr.*, 2016, 743.

<sup>79</sup> Sutherland Report: *The Internal Market After 1992. Meeting the Challenge*, Eur. Pan. Doc (SEC 92- final) 2277 (1992).

<sup>80</sup> Di un «autonomo ordinamento giuridico, teleologicamente orientato alla realizzazione di un proprio modello costituzionale, quello appunto di una società basata sulle libertà individuali» scrive P. SIRENA, *Diritto privato e diritto pubblico in una società basata sulle libertà individuali*, in *Il*

<sup>81</sup> H.W. MICKLITZ, *The ECJ between the Individual Citizen and the Member States – A plea for a judge-made European law on remedies*, EUI Working Paper LAW 2011/15, 19 ss.; J. DREXL, *La constitution économique européenne – l'actualité du modèle ordolibéral*, in *Rev. Intern. Dr. écon.*, 2011, 419.





indefinitamente attiva»<sup>84</sup> – la somministrazione omeopatica di limiti all'autonomia dal lato dell'offerta per rafforzare l'autodeterminazione dal lato della domanda: informazione precontrattuale, recesso di pentimento, controllo sul contenuto del contratto, nullità di protezione.

Ma risalendo nella *supply chain*, ai rapporti tra imprese, le differenze strutturali tra i settori da regolare dissuadono sia dalla meccanica trasposizione di tecniche modellate sul rapporto tra professionista e consumatore, sia dalla costruzione di una disciplina trasversale, modellata su una figura «media» di imprenditore debole, empiricamente e teoricamente ancora più evanescente del consumatore medio<sup>85</sup>. Il fine generale di utilizzare il *private enforcement* come leva del mercato interno resta immutato, ma cambiano i mezzi: le discipline privatistiche di rapporti nominati, caratterizzati da asimmetrie macro-economiche estensibili in via tipologica<sup>86</sup>, sono affiancate dal diritto della concorrenza (regolamenti delle *block exemptions* nelle intese verticali e negli accordi di trasferimento tecnologico: art. 101, comma 3, TFUE)<sup>87</sup> e, soprattutto, dalla vasta e indigesta mole del diritto dei nuovi mercati nati dalle privatizzazioni di servizi pubblici (trasporti, poste e telecomunicazioni, energia) e dalla apertura dei

mercati nazionali (servizi finanziari, telecomunicazioni, commercio elettronico)<sup>88</sup>.

La discontinuità del diritto privato dei mercati regolati rispetto alla razionalità del diritto privato nazionale è molto più radicale e profonda rispetto al *consumer acquis*.

È un diritto compartimentalizzato e frammentario, che riflette la logica interna ai settori, secondo una prospettiva sistemica più che sistematica<sup>89</sup>.

È un diritto ibrido, per ragioni diverse che tuttavia rinviando tutte all'esaurimento della vena euristica della separazione tra diritto pubblico e diritto privato. Dal punto di vista istituzionale, il tecnicismo e la dimensione transnazionale delle discipline di settore impongono il coinvolgimento di soggetti privati (organizzazioni imprenditoriali, comitati di esperti, associazioni non-governative): «Hybrids are the direct result of delegated lawmaking»<sup>90</sup>. Il principio di legittimazione si sposta dalla rappresentanza politica alla competenza tecnico-professionale, al decentramento territoriale, al coinvolgimento dei destinatari delle decisioni<sup>91</sup>. Dal punto di vista strutturale il diritto privato interviene negli interstizi del diritto della concorrenza, essenzialmente per fissare standard tecnici e indici di qualità, trasparenza, non-discriminazione nei rapporti tra fornitori e clienti (*customers*), professionali e non professionali<sup>92</sup>. Dal punto di vista assiologico e funzionale la tutela dei

<sup>84</sup> Così M. FOUCAULT, *Lezioni di biopolitica. Corso al Collège de France*, Milano, 2015, 112, a proposito della fondazione della costituzione economica della Repubblica federale tedesca nel dopoguerra sulla teoria ordo-liberale della concorrenza. L'evidente continuità con l'ordinamento europeo non può essere qui approfondita: v. però L. NIVARRA, *Dalla «crisi» all'«eclissi»: ovvero, da un paradigma all'altro*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 801, 814 ss. In diversa prospettiva A. SOMMA, *Alle radici del diritto privato europeo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, 39.

<sup>85</sup> G. VILLA, *Invaldità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, 113; L. NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore: un modello per il terzo contratto?*, in *Contratti*, 2016, 719.

<sup>86</sup> Cfr. M. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, 131 ss.; E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 411 e ss., 422 ss.; EAD., *Abuso del diritto e contratti asimmetrici di impresa*, in *Annuario del contratto*, 2011, 83 ss.; EAD., *L'evoluzione dell'autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quad. fior.*, 2014, 589, 637 ss.

<sup>87</sup> S. GRUNDMANN, *Europaisches Schuldvertragsrecht*, Berlin, 1999, 936; V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 19, 25 ss.; G. VETTORI, *Contract Without Numbers and Without Adjectives. Beyond the Consumer and the Weak Enterprise*, in *ERCL*, 2013, 233. Sull'impatto del diritto della concorrenza sulla categoria del contratto: A. NERVI, *I contratti di distribuzione tra causa di scambio e causa associativa*, Napoli, 2011, 110 ss.

<sup>88</sup> La prima trattazione sistematica della materia nella letteratura italiana si legge in  *Mercati regolati*, in *Trattato dei contratti*, dir. da V. Roppo e da A.M. Benedetti, V, Milano, 2014.

<sup>89</sup> È l'ipotesi dei «regulatory silos»: H. W. MICKLITZ e Y. SVETIEV, *The Transformation(s) of Private Law*, in *European regulatory private law – the paradigms tested*, cit., 69 ss., 78: «These sectoral regimes could be compared with 'silos', in which networks are established, networks between agencies, networks between agencies and industry/business, to some extent public interest groups, networks in which the distinction between public and private, between national and international is withering away».

<sup>90</sup> H. W. MICKLITZ, *Rethinking the public/private divide*, in *Transnational Law: Rethinking European Law and Legal Thinking*, a cura di M. Maduro, K. Tuori and S. Sankari, Cambridge, 2014, 271, 290. Sul collegamento tra l'ascesa dei regolatori privati e i limiti del diritto statale: F. CAFAGGI, *New Foundations of Transnational Private Regulation*, 38 *Journal of Law and Society*, 2011, 20; ID., *The Many Features of Transnational Private Rule-Making: Unexplored Relationships between Custom, Jura Mercatorum and Global Private Regulation*, 36 *University of Pennsylvania Journal of International Law* (2015) 875.

<sup>91</sup> K. TUORI, *On legal hybrids*, cit., 73.

<sup>92</sup> H. W. MICKLITZ, *Rethinking*, cit., 294; K-H.Ladeur, *The evolution of general administrative law and the emergence of postmodern administrative law*, Osgoode CLPE Research Paper 16 (2011); A. OTTOW, *Intrusion of public law into contract law: the case of network industries*, The Europa Institute Utrecht Working Paper 2 (2012).

diritti è il risultato del gioco combinato di diritto (nazionale) comune e diritto (europeo) di settore<sup>93</sup>.

È un diritto impropriamente definito multilivello<sup>94</sup>, secondo l'intuizione spontanea (ma ingannevole) della materia insita nella teoria classica del governo federale come distribuzione piramidale di competenze, che tuttavia mal si addice a un assetto policentrico come quello dell'Unione. Sulla concentrazione delle fonti e della giurisdizione prevalgono la struttura reticolare dei poteri, il negoziato tra istituzioni, la condivisione e l'adattamento reciproco di responsabilità, competenze, schemi di azione<sup>95</sup>, secondo criteri che rispecchiano le conoscenze tecniche dei regolatori, il coinvolgimento dei destinatari, gli obiettivi dell'intervento<sup>96</sup>. Tipicamente i contratti individuali si inscrivono in strutture multilaterali, che prevedono l'intervento di soggetti privati in funzione di *standard setters*, camera di compensazione dell'incompletezza contrattuale, monitoraggio, esecuzione, risoluzione alternativa delle controversie<sup>97</sup>.

È, infine, un diritto non semplicemente tecnico, ma tecnologico e tecnocratico. Non a caso i mercati degli strumenti finanziari, delle *utilities*, delle assicurazioni sono oggi il luogo elettivo delle applicazioni regolatorie dell'intelligenza artificiale<sup>98</sup>. Uno standard espresso in linguaggio formale può essere integrato in un codice informatico – tipicamente un programma basato su un *distributed ledger*, che si esegue

automaticamente al verificarsi di determinate condizioni – molto più facilmente delle regole tradizionali, eliminando i costi di monitoraggio e di esecuzione *ex post facto*.

È difficile prevedere quel che riserva il futuro. Se il solco tra diritto europeo e diritto comune si farà più largo e profondo, sotto la pressione della convergenza tra *market regulation* e tecnologie digitali<sup>99</sup>, o se prevarrà invece la solidarietà strutturale tra discipline privatistiche, con eventuale rottura dell'unità del diritto privato regolatorio e ri-aggregazione del diritto comune e del diritto dei contratti asimmetrici fuori dei *regulated markets*, in un «pragmatic and loosely coherent system»<sup>100</sup>. Le Direttive sulla vendita e sulla fornitura di contenuti e servizi digitali parrebbero indicare nella seconda direzione, riaggregante e neo-sistematica, e così anche la Direttiva sulla «modernizzazione» del diritto dei consumatori – a condizione, s'intende, di astrarre dai mercati regolati. In ogni caso, l'aspirazione a superare la contraddizione tra il *pointillisme* del diritto europeo e il classicismo dei sistemi giuridici nazionali, centro propulsivo dei progetti di codificazione europea, rimarrà verosimilmente consegnata al repertorio delle idee del XX secolo; non perché il diritto privato europeo possa fare a meno di un disegno sistematico, ma per la difficoltà teorica e pratica di proiettare sul diritto di un ordinamento non statuale l'idea di sistema propria della tradizione dogmatica continentale, fondata sul nesso «organico», à la Savigny, tra diritto civile e Stato nazionale<sup>101</sup>.

Questa difficoltà peraltro non scomparirebbe ove ci limitassimo a sostituire allo Stato il Mercato interno quale «principio di unità di molteplici conoscenze sotto un'idea»<sup>102</sup> secondo il paradigma

<sup>93</sup> N. REICH, *Horizontal Liability in EC Law: Hybridization of Remedies for Compensation in Case of Breaches of EC Rights*, *Common Market Law Review*, 2007, 708; F. DELLA NEGRA, *Mifid II and Private Law. Enforcing EU Conduct of Business Rules*, 2019.

<sup>94</sup> Una critica a questo schema si legge in L. AZOULAI, *Introduction*, in *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, 2014, a cura di L. Azoulaï, 1, 13 ss.; O. BEAUD, *The Allocation of Competences in a Federation. A General Introduction*, *ibid.*, 19, dove la relativizzazione del problema della allocazione delle competenze apre uno spazio teorico per l'analisi dell'esercizio effettivo delle funzioni *outside and beyond* l'ordine delle competenze fissato nei Trattati. Adde: V. MAK, *Pluralism in European Private Law*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2018, 220.

<sup>95</sup> Cfr. L. BOUCON, *EU Law and Retained Powers of Member States*, in *The question of Competence*, cit., 168, 175 ss.

<sup>96</sup> C.F. SABEL e J. ZEITLIN, *Experimentalist Governance*, in *The Oxford Handbook of Governance*, a cura di D. Levi-Faur, Oxford, 2012, 169.

<sup>97</sup> C.F. SABEL e J. ZEITLIN, *Learning from Difference: The New Architecture of Experimental Governance in the European Union*, in *European Law Journal*, 2008, 271.

<sup>98</sup> P. DE FILIPPI e S. HASSAN, *Blockchain technology as a regulatory technology: From code is law to law is code*, in *First Monday*, 21; Ph. HACKER, *AI Regulation in Europe*, (May 7, 2020). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3556532>.

<sup>99</sup> H.W. Micklitz, G. COMPARATO, Y. SVETIEV, *The Regulatory Character of European Private Law*, in *Research Handbook on EU consumer and Contract Law*, a cura di C. Twigg-Flesner, 35, 55: «the outsourcing of the provision of public services is part of a broader trend of delegation of even the regulatory tasks by the State, with the disaggregation of the State as an actor [...] driven by factors such as complexity and technicality, characterising the underlying regulatory environment».

<sup>100</sup> M. HESSELINK, *Private Law, Regulation and Justice*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series, 2016-03, 1, 16. In prospettiva affine: A. GENTILI, *Contratti del consumatore e diritto comune dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, I, 1479 ss.

<sup>101</sup> V. CALDERAI, *L'eclissi in una luce diversa. Note sullo statuto epistemologico dei concetti giuridici nell'epoca del diritto post-nazionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1621.

<sup>102</sup> I. KANT, *Kritik der Reinen Vernunft*, in *Werke in sechs Bänden*, II, 2, Darmstadt 1951<sup>2</sup>, 860, a cura di W. Weischedel. Sull'influsso dell'idea kantiana di sistema sulla scienza giuridica del XIX secolo: H. COING, *Der Juristische Systembegriff bei Rudolf von Jhering*, in *Philosophie und*





kantiano di conoscenza sistematica che la dogmatica giuridica ha ereditato da Savigny. Un primo ostacolo su questa strada discende dall'emersione della dimensione sociale del mercato interno. La transizione dall'unione economica a un'«area di libertà, sicurezza e giustizia, senza frontiere interne»<sup>103</sup> e le ripercussioni della crisi finanziaria<sup>104</sup> hanno impresso alle politiche europee di coesione sociale e territoriale un *sensu* eccedente le finalità storiche di garanzia della libertà di circolazione (art. 48 TFEU) e di camera di compensazione degli squilibri generati dalle liberalizzazioni dei servizi<sup>105</sup>, che si compendia nello sviluppo di una razionalità economica e amministrativa specifica e di una panoplia di tecniche di intervento che affiancano il mercato, «to deal with circumstances in which the needs of end-users are not satisfactorily met by the market»<sup>106</sup>. Il mercato interno come principio di unità sistematica nel senso del diritto classico, in altre parole, è un *non-starter*, per la buona ragione che non esiste un mercato interno, obbediente a una logica puramente concorrenziale, ma molti, caratterizzati da assetti economici e istituzionali complessi e mobili.

Un secondo ostacolo è insito nella logica di un ordinamento per cui il mercato interno è un *telos* e non un dato<sup>107</sup>. Un diritto «im werden»<sup>108</sup> è un oggetto di rappresentazione fondamentalmente diverso da un diritto il cui principio di conoscenza è *positum*, incorporato in una serie di forme compiute e stabili – soggetti, proprietà, autonomia privata, responsabilità – ordinate secondo criteri di coerenza, garantite dalla comune appartenenza all'ordine giuridico dello Stato. I concetti del diritto europeo sono in confronto molto più indeterminati e fluidi. In questo senso, partecipano del tipo ideale dell'esperimento permanente<sup>109</sup> o dell'«opera aperta»<sup>110</sup>: forme strutturalmente incompiute che conferiscono al giudice nazionale un potere di

iniziativa e un campo d'azione inedito, là dove non si tratta di interpretare un «dato positivo» già organizzato, ma di concorrere alla formazione del *diritto* applicabile secondo una direttiva di complementarità tra la situazione soggettiva protetta dalle fonti europee e i mezzi di tutela apprestati dalle fonti nazionali: «in questi limiti – è stato scritto – il principio di effettività non riduce il diritto al fatto, ma attribuisce valore al fatto in virtù di norme di sistema [...] che attribuiscono al giudice e all'interprete questo potere»<sup>111</sup>.

Da queste considerazioni segue ancora che in mancanza di categorie definite *a priori* la posizione relativa di un concetto è più importante della rappresentazione per così dire statica suo contenuto. È questo il caso dell'autonomia privata, il cui «elusive character» dipende forse meno dalla mancanza nei *Trattati* di dispositivi efficaci di tutela contro le interferenze nella sfera privata<sup>112</sup>, che dalla posizione che assume nelle fonti del diritto europeo dei contratti, come le pagine che seguono tentano di illustrare.

## 5. Ragione e politica nell'interpretazione dei contratti.

Il diritto europeo cambia insomma il volto dell'autonomia privata<sup>113</sup>. Cambia anche l'interpretazione delle manifestazioni dell'autonomia negoziale dei privati? Consideriamo i «punti di vista» rilevanti.

Le codificazioni continentali del XIX e della prima parte del XX secolo non davano eccessiva importanza alla disciplina legale dell'interpretazione. La legge interviene con tocco leggero: ampie concessioni alla discrezionalità giudiziale, nel *Code civil*; poche, essenziali direttive generali, nel BGB. Il secondo Codice italiano rappresenta un'eccezione, in termini quantitativi (dieci articoli, nella sola parte generale del contratto) e, soprattutto, qualitativi: non basta codificare, è necessario prescrivere un metodo che esoneri il giudice «dal ragionare con la propria testa»<sup>114</sup>. I «punti di vista» sul metodo iscritti nel

*Rechtswissenschaft*, a cura di J. Blüdhorn e J. Ritter, Frankfurt a.M., 1969, 149 ss.

<sup>103</sup> L. AZOULAI, *The (Mis)Construction of the European Individual. Two Essays on Union Citizenship Law*, EUI Working Paper LAW 2014/14.

<sup>104</sup> G. COMPARATO, *The rationales of financial inclusion in the changing European private law*, ERCL, 2015, 22.

<sup>105</sup> P. ROTT, *The Low-Income Consumer in European Private Law*, in *Varieties of European Economic Law and Regulation. Liber Amicorum for Hans Micklitz*, Cham et al., 2014, 676.

<sup>106</sup> N. REICH, *General Principles*, cit., 55; U. BRECCIA, *La parte generale*, cit., 402.

<sup>107</sup> E. BATTELLI, *I contratti-tipo. Modelli negoziali per la regolazione del mercato: natura, effetti e limiti*, cit., p. 97.

<sup>108</sup> K. RIESENHUBER, *Die Auslegung*, in *Europäische Methodenlehre. Grundfragen der Methoden des Europäischen Privatrecht*, 2016, 315-348, Rn. 43.

<sup>109</sup> H.W. MICKLITZ e C. SIEBURGH, *Primary EU law and private law concepts*, Cambridge, 2017, 1, 45.

<sup>110</sup> U. ECO, *Opera aperta*, Milano, 1997<sup>4</sup>, 31 ss.

<sup>111</sup> G. VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Ann. Enc. Dir.*, 2017, 381, 404; ID., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 787.

<sup>112</sup> S. WEATHERILL, *The Elusive Character of Private Autonomy in EU law*, in *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, a cura di D. Leczykiewicz and S. Weatherill, Oxford, 2013, 9.

<sup>113</sup> A. GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 761.

<sup>114</sup> P. CALAMANDREI, *Cassazione civile*, Nov. Dig. It., Torino, 1957, II, 1074, 1078. Le basi teoriche risalgono a F. STEIN, *Das private Wissen der Richter. Untersuchungen zum*

Capo del Codice civile dedicato all'interpretazione dei contratti si compendiano in tre tesi, tre cerchi concentrici di una progressione logica inesorabile: dalla teoria dell'ordinamento giuridico alla teoria dell'interpretazione, passando per una teoria dell'autonomia privata.

Prima tesi. L'ordinamento giuridico dello Stato come sistema chiuso, coerente e completo di disposizioni di fonte legale, monopolista delle qualificazioni giuridiche.

Seconda tesi. L'autonomia privata come potere originario di dare vita a rapporti economici e sociali riconosciuti e garantiti *ab externo* dalle leggi dello Stato (questo infatti soprattutto sta a cuore: depurare la teoria del contratto da qualunque nota concettuale che possa anche remotamente alludere alla formazione *extra ordinem* del diritto).

Terza tesi. L'interpretazione come attività diretta all'accertamento del senso «vero» della legge e degli atti giuridici, per mezzo di regole tecniche e in relazione a un ordine sistematico garantito dal riferimento all'ordine giuridico dello Stato.

Da tempo queste proposizioni non riflettono più la dinamica dei rapporti tra le fonti. La terza proposizione, in particolare, è stata di recente discussa e confutata in termini verosimilmente definitivi: l'interpretazione giuridica, intesa come (attività di) attribuzione di significato a proposizioni normative, non è soggetta al principio di verifica, ma al principio di giustificazione secondo argomenti razionali e di politica legislativa. Corretta è l'interpretazione (risultato) più giustificata, «tale cioè che chi la contesti si trovi a non poterle opporre alcuna ragione che la confuti»<sup>115</sup>.

Anche il secondo punto di vista è stato riconsiderato dalla stessa dottrina in termini fortemente innovatori rispetto alla teoria della fattispecie. Il contratto è il significato di un enunciato prescrittivo: una norma privata. Più precisamente è la regola di un'operazione economica intersoggettiva.

Manca una tesi sull'ordinamento. Il ripensamento delle dottrine tradizionali sull'interpretazione e sul contratto è apparentemente tutto quel che serve per ripensare l'interpretazione e il suo *telos*. Interpretare significa stabilire la *ratio contractus*, la relazione tra le regole e i bisogni che mirano a soddisfare, al fine di comporre un

dissenso. Razionalmente e normativamente giustificato è il senso che ha superato tutte le obiezioni: «L'interpretazione secondo questo criterio corrisponde alla concezione basilare del contratto», che è poi «il rispetto dell'autonomia privata»<sup>116</sup>. Quel senso è insieme «conforme alla comune intenzione» e al canone di buona fede interpretato in senso soggettivo, come regola di protezione degli affidamenti reciproci. In modo ancora più limpido, nella pagina conclusiva è scritto: «Nei rapporti intersoggettivi, l'esito dell'interpretazione deve valere per entrambe le parti. E per valere non può fondarsi solo sull'autorità (il peggiore degli argomenti) deve fondarsi su ragioni, che superino le obiezioni. Abbiamo bisogno di un'ermeneutica secondo ragione»<sup>117</sup>. Come corollario di questa tesi, anche l'interpretazione contro il predisponente nei contratti standardizzati di diritto comune (art. 1370 c.c.) e nei contratti tra professionisti e consumatori (art. 35, secondo comma, d.lgs. 206/2006) è subordinata all'interpretazione «secondo ragione», in quanto esprimono una direttiva politica.

La relazione strettissima stabilita tra interpretazione razionale e autonomia privata manifesta – per «implicatura», direbbe con Grice l'Autore – il punto di vista sull'ordinamento di questa autentica opera di rifondazione su basi razionali dell'ermeneutica dei contratti nell'ordinamento italiano. Quella relazione peraltro si è realizzata, imperfettamente, solo nella cornice del modello di giustizia promosso dal *Welfare State* europeo della seconda metà del Novecento, dove alla (più o meno diretta) garanzia di istituto dell'autonomia gli ordinamenti nazionali hanno affiancato una direttiva di tutela della libertà anche in senso materiale e di protezione della parte socialmente debole, nella prospettiva del governo dei conflitti redistributivi tra gruppi economici e sociali.

Se questa è ora indubbiamente la cornice di ordinamento che dà senso alla distinzione tra regole «razionali» e regole «legali», o «politiche», di interpretazione, non è detto però che il modello di razionalità espresso dallo Stato costituzionale di diritto del XX secolo debba valere in una cornice diversa, senza dover subire un qualche adattamento, come è ragionevole supporre considerando i punti di vista del diritto europeo sull'ordinamento, l'autonomia privata, l'interpretazione.

Il diritto (privato) europeo è un fenomeno pluriordinamentale e policentrico. Manca un Soggetto, *Träger der Souveränität*, monopolista

*Beweisrecht beider prozesse*, Leipzig, 1893. Sulle *Erfahrungssätze* come forme di razionalizzazione del senso comune nel contesto della teoria sillogistica della decisione: M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, 2002, 121.

<sup>115</sup> A. GENTILI, *Senso e Consenso*, cit., I, 254.

<sup>116</sup> *Ivi*, I, 310 (enfasi aggiunta) e II, 508.

<sup>117</sup> *Ivi*, II, 655.





delle fonti, dell'applicazione, dell'esecuzione del diritto. Di questo vuoto di potere ha approfittato la CGUE per rinegoziare la distribuzione delle competenze fissata nei Trattati (artt. 4.1 e 5.2 TUE) nel nome della «leale cooperazione» (art. 4.3 TUE) e dell'interpretazione funzionale dei poteri normativi<sup>118</sup>.

La formula *Market-State*, ripresa dagli studi strategici<sup>119</sup>, descrive efficacemente la parabola del progetto europeo tra la fine del XX e la prima parte del XXI secolo: da Comunità di Stati, fondata su limitazioni volontarie del potere sovrano, a Unione *sui iuris*, fondata sull'instaurazione e il funzionamento di un mercato interno nella cornice di un'economia sociale di mercato (art. 3.3. TUE). Ora il tratto caratterizzante del *Market-State* europeo non si esaurisce in un particolare modo di essere dell'ordinamento quale luogo di esercizio della sovranità, ma include tutte le relazioni necessarie per garantire il funzionamento ordinato dei poteri economici in uno spazio giuridico transnazionale e in un'economia internazionalizzata. Gli ordinamenti giuridici pubblici — gli Stati, con le loro articolazioni territoriali, e la stessa Unione — non sono da questo punto di vista che nodi, per quanto cruciali, di un *network* di regolatori pubblici e privati. La difficoltà di pensare utilizzando la categoria del Soggetto (con personalità, poteri, responsabilità definiti) gli effetti (più o meno) impermanenti di un campo di forze è il sintomo dell'esaurimento della potenzialità euristica delle categorie di teoria generale messe a punto nel Novecento nell'intento dare ragione del monopolio del diritto esercitato dallo Stato moderno. Di questo campo di forze il diritto europeo dei contratti è insieme causa ed effetto.

La transizione dallo Stato nazionale al *Market-State* policentrico non lascia indenne l'autonomia privata, che degli ordinamenti nazionali è una creazione<sup>120</sup>. Le definizioni — «fonte di rapporti», «autoregolamento d'interessi» — coniate nella prima metà del Novecento per ribadire il dogma dell'esclusività del criterio di qualificazione giuridica in capo allo Stato e negare all'autonomia dei privati il crisma della giuridicità hanno poco

senso in un simile contesto. Va osservato peraltro che il diritto europeo, se per un verso estende il raggio d'azione dei poteri di autonomia, in termini quantitativi (transazioni trans-frontaliere) e qualitativi (delega ai regolatori privati)<sup>121</sup>, per altro verso li assoggetta a un'intensa «conformazione [...] dall'interno»<sup>122</sup>, calibrando l'intervento regolatorio in rapporto al contenuto tecnico, al grado di internazionalizzazione del settore e di concorrenzialità del mercato rilevante, al coinvolgimento di organizzazioni pubbliche e private, alla *Drittwirkung* dei diritti fondamentali<sup>123</sup>. L'inclusione dei contratti standardizzati nella struttura governo del mercato interno — «as a form of private regulation and [...] as part of European contract law»<sup>124</sup> — è un corollario della relazione funzionale tra il diritto dei contratti e diritto della concorrenza che nel complesso ha determinato un deciso riorientamento della *ratio contractus* dal mondo chiuso dello scambio privato al cantiere aperto delle fonti del diritto europeo.

Anche le regole dell'interpretazione seguono una traiettoria eccentrica e quasi eversiva rispetto al diritto comune. Nelle materie delegate alla competenza dell'Unione, il parametro fondamentale di verifica della coerenza dei modelli di decisione è il cosiddetto principio di effettività, che promuove l'adeguamento dei mezzi nazionali di tutela alle finalità del diritto europeo<sup>125</sup>. La sola regola di diritto europeo espressamente dedicata all'interpretazione dei contratti *BtoC* è una proiezione di questa stessa logica: «in caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore» (art. 5, Dir. 93-13 e art. 35, secondo comma, cod. consumo). Il funzionamento del meccanismo presuppone la distinzione tra il fatto (l'accordo)

<sup>121</sup> H.W. MICKLITZ, *The Transformation of Private Law Through Competition*, ELJ, 2016, 627, 629.

<sup>122</sup> E. NAVARRETTA, *L'evoluzione dell'autonomia*, cit., 620.

<sup>123</sup> EAD., *Costituzione*, cit., 75 ss.

<sup>124</sup> F. CAFAGGI, *Private Regulation in European Private Law*, EU Working Paper, RCCAS 2009/31, 19; H. COLLINS, *Regulating contracts*, OUP, 1999; CORDERO-MOSS, *Standard Contract Terms as an Alternative to Legislation*, in *Research Book on EU Consumer and Contract Law*, a cura di C. Twigg-Flesner, Cheltenham, 2016, 487; E. HONDIOUS and E. van SCHAGEN, *Private Actors in European Consumer Law*, in M. De Cock Buning and L. Senden, *Private Regulation and Enforcement in the EU*, Oxford, 2020, 121; S. CHOI and M. GULATI, *Contract as a Statute*, 104 Mich. L. Rev. 1129 (2006); O. BEN SHAHAR, *Boilerplate: The foundation of market contracts*, Cambridge, 2007, 157.

<sup>125</sup> P. ROTT, *The ECJ's Principle of Effectiveness and its Unforeseeable Impact on Private Relationships*, in *The Involvement of EU Law in Private Law Relationships*, cit., 181; A. Östlund, *Effectiveness versus Procedural Protection. Tensions triggered by the EU law mandate of ex officio review*, Baden-Baden, 2019.

<sup>118</sup> L. AZOULAI, *Introduction. The Question of Competence*, cit., 14.

<sup>119</sup> A. AFILALO e D. PATTERSON, *Statecraft and the Foundations of European Union Law*, in *Philosophical Foundations of European Union Law*, a cura di Dickson e Eleftheriadis, Oxford, 2012, 275, 276.

<sup>120</sup> Sul significato di «autonomia» in senso moderno come categoria di relazione, più precisamente di riconoscimento da parte di un soggetto sovrano di poteri di ordinamento in capo a soggetti pubblici o privati: S. ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico* Milano, 1987 (rist. inalt. ed. 1947), 14.

eletto a fondamento del contratto e la dichiarazione oggetto di interpretazione<sup>126</sup>: nella misura in cui le controversie sull'interpretazione riguardano l'efficacia della dichiarazione, non il senso di un fatto, il «dubbio» verte sugli effetti della clausola, non sulla volontà delle parti.

78 Ciò posto, la mappa del «dubbio sul senso di una clausola» può essere così schematicamente tracciata: il dissenso tra le parti si riferisce (A) all'oscurità della clausola, intesa sia come ambiguità semantica o sintattica (direzionalità indecisa), sia come vaghezza (assenza di direzione), sia ancora come effetto di eccessivo tecnicismo<sup>127</sup>; (B) alla qualificazione di una clausola. Nelle fattispecie sub (A) il dissenso ha per oggetto l'efficacia di una clausola di cui non è in discussione la qualificazione come (a) principale o (b) accessoria: nel primo caso l'oscurità apre alla valutazione del carattere abusivo delle clausole, e si tratta di decidere (i) se l'oscurità integra in sé un «significativo squilibrio» o (ii) solo il sintomo di un abuso, nel qual caso, (iii) se una clausola oscura (ma in ipotesi non abusiva) possa essere conservata nel senso più favorevole all'aderente (*infra*, § 8); nel secondo caso si tratta di decidere se il consumatore o il giudice d'ufficio debba (iv) limitarsi a rilevare l'oscurità della clausola e proporre l'interpretazione conservativa più favorevole, ovvero (v) innestare sulla contestazione dell'oscurità l'interpretazione della clausola nel senso più ostile al consumatore al fine di ottenere l'annullamento. Nei casi sub (B) il dubbio riguarda invece la qualificazione della clausola. Si tratta di vicende più complesse, considerato che i parametri individuati dall'art. 4 (2) per determinare quali clausole debbano essere considerate essenziali sono vaghi e, per alcuni, anche discutibili<sup>128</sup>. Il problema dell'interpretazione del contratto si innesta in tal caso su un problema di interpretazione della legge e la fluidità di concetti come “oggetto principale del contratto” o “corrispettivo” schiude alla Corte un vasto *spielraum* per agire sul «marge

d'indétermination qui existe fréquemment aux confins des qualifications préexistantes»<sup>129</sup>. A parte questo, le questioni che dipendono dalla soluzione di un dubbio rilevante coincidono con quelle prospettate sub (A).

Nel campo di possibilità definito dal dubbio sul senso della clausola, l'art. 5 secondo per., Dir. 93-13, agisce come criterio di selezione del risultato desiderato. Al predisponente è imputato il rischio dell'imperfetta redazione del contratto come alla parte che può sostenerlo al minor costo, affinché le conseguenze negative di «quello strumento pericoloso che è, appunto, il contratto oscuro»<sup>130</sup> non siano sopportate dall'aderente, che non sa o non può negoziare una diversa distribuzione dei rischi, con ricadute sistemiche sulla domanda di beni e servizi e sulla concorrenzialità del mercato: un rimedio ai costi transattivi dell'opportunismo e un caso da manuale di *superior risk-bearer analysis*<sup>131</sup>. Poiché, d'altro canto, il risultato «più favorevole» ben potrebbe consistere nel giudizio di irrilevanza della clausola (*supra*, sub i, ii, iv)<sup>132</sup>, mediato dalla qualificazione *ex fide bona* di abusività

<sup>129</sup> F. TERRÉ, *Volonté et qualification*, in *APhD*, 1957, 98, 102; G. SCALFI, *La qualificazione del contratto nell'interpretazione*, Varese, 1962.

<sup>130</sup> R. SACCO, in *Il contratto*, di R. Sacco e G. De Nova, Torino, 2003, II, 415.

<sup>131</sup> Sull'interpretazione più favorevole al consumatore nella prospettiva della *superior risk bearer analysis*: N. JANSEN, *Unfair Contract Terms*, in N. Jansen e R. Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford, 2018, 944. G. HOWELLS, Ch. TWIGG-FLESNER, Th. WILHELMSSON, *Rethinking EU Consumer Law*, London, 2018, 8 ss., 131 ss., propongono una lettura del diritto dei consumatori (in generale) e della Direttiva 93-13 (in particolare) «as an obligatory insurance against unfair terms, administered by the business». Nella letteratura italiana: V. CALDERAI, *Interpretazione del contratto e argomentazione giuridica*, Torino, 2008, 82 ss.

<sup>132</sup> Secondo una sequenza sperimentata dalla dottrina tedesca fin dall'art. 5 AGB-Gesetz (*Unklarheitsregel*): V. ROPPO, *Contratti standard*, Milano 1975, 227 ss.; V. RIZZO, *Trasparenza e «contratti del consumatore» (la novella al Codice civile)*, Napoli, 2002, 91 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, Torino, 2006<sup>2</sup>, 1118 ss. Criticamente: LINDACHER, *AGB-Gesetz*, a cura di Wolf, Horn e Lindacher, München, 1999<sup>4</sup>, 255 ss.; H.W. MICKLITZ, *Perspektiven eines Europäischen Privatrechts*, in *ZEUP*, 1998, 260; ID., *Some Considerations on Cassis de Dijon and the Control of Unfair Contract Terms in Consumer Contracts*, in *Standard Contract Terms in Europe: A Basis for and a Challenge to European Contract law*, a cura di H. Collins, Alphen aan den Rijn, 2008, 19. Nella dottrina italiana: G. De CRISTOFARO, *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, 395; A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e «massimo effetto utile per il consumatore»: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contr.*, 2013, 16.

<sup>126</sup> P. SCHLESINGER, *Complessità del procedimento di formazione del consenso e unità del negozio contrattuale*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1345.

<sup>127</sup> C-448/17, *Eos KSI Slovensko s.r.o. c. Danko e Margita Dankóva*, ECLI:EU:C:2018:745, 68: la determinazione del TAEG in un contratto di credito al consumo per mezzo di una equazione matematica e senza indicazione del tasso di interesse rappresenta un «elemento decisivo nell'ambito dell'analisi da parte del giudice nazionale interessato della questione se la clausola di detto contratto relativa al costo del credito sia formulata in modo chiaro e comprensibile». M. ORLANDI, *Forma espressa*, in *Le parole del diritto. Scritti in onore di Carlo Castronovo*, Napoli 2019, 885, 915.

<sup>128</sup> F. GÓMEZ POMAR, *Core versus Non-Core Terms and Legal Controls over Consumer Contract Terms: (Bad) Lessons from Europe?*, *ERCL*, 2019, 177, 188.







(considerando 16 e artt. 3.1 e 4.1 Dir. 93-13 e *infra* § 9)<sup>133</sup>, le applicazioni della regola di preferenza sollevano delicate questioni di ricostruzione della disciplina del rapporto e delle modalità di tutela, che scompaginano la sequenza interpretazione della volontà delle parti/qualificazione della fattispecie/integrazione del contratto<sup>134</sup>.

Con movimento circolare tipicamente ermeneutico del giudizio<sup>135</sup>, si tratta (i) con un primo progetto di senso, di anticipare le possibili qualificazioni della clausola, combinando i predicati essenziale/accessorio e abusivo/non abusivo, in relazione a una istanza di tutela specifica; (ii) alla luce delle qualificazioni ipotizzate, anticipare ulteriormente gli effetti della decisione: conservazione della clausola oscura (ma non abusiva) nel senso più favorevole al consumatore<sup>136</sup>; inefficacia «pura e semplice» della clausola accessoria<sup>137</sup>; nullità del contratto *tout court* per inefficacia della clausola essenziale<sup>138</sup>; nullità parziale della clausola essenziale seguita da integrazione per mezzo del diritto dispositivo, in considerazione del grave pregiudizio derivante al consumatore dall'annullamento del contratto<sup>139</sup>; infine (iii) selezionare (per forza di cose, a questo punto, non tanto il significato più favorevole della clausola, quanto) il *diritto* interno applicabile,

interpretato dal punto di vista del diritto europeo. *Omnis interpretatio est applicatio*<sup>140</sup>.

Questa conclusione corrobora l'autorevole lettura che nell'integrazione ravvisa l'autentico «punto di rilevanza ermeneutica» dell'interpretazione dei contratti *BtoC*<sup>141</sup>. Con una postilla: non è verosimilmente necessario introdurre un principio generale di preferenza per il massimo effetto utile della tutela, del quale l'interpretazione più favorevole sarebbe l'«epifania settoriale». Caduta l'idea paleo-positivista per cui interpretazione e integrazione sono operazioni qualitativamente diverse, l'una volta a intendere la manifestazione di volontà, l'altra a colmare le «lacune» della manifestazione incompleta o contraria alla legge, la determinazione degli effetti del contratto si può rappresentare come l'esito del concorso di fonti autonome e eteronome nella norma singolare espressa dal dispositivo della sentenza come costruzione decisionale a referente unico<sup>142</sup>. Il massimo effetto utile della tutela, in questa prospettiva, è il risultato intrinseco di un modo di guardare alla dicotomia interpretazione/integrazione come a una distinzione puramente descrittiva e ordinatoria interna all'attività di interpretazione del *diritto* in tutte le controversie «sull'essere e il modo di essere del contratto»<sup>143</sup> tra consumatori e professionisti dal punto di vista dell'ordinamento europeo<sup>144</sup>.

In conclusione, l'interpretazione *in favorem* manifesta un orientamento alle conseguenze spregiudicate, una spiccata vocazione rimediabile, una salutare attitudine a sovvertire dogmi sclerotizzati. Non è chiaro perché questa razionalità weberiana sarebbe meno razionalmente giustificata di quella espressa dalle tecniche di interpretazione soggettiva. Alla verifica di questo assunto è dedicata l'ultima parte di questo studio.

## 6. Un quadro specificamente europeo di riferimento.

<sup>133</sup> Contrariamente alla lettura in chiave puramente conservativa della clausola (e del contratto) veicolata dalle categorie del diritto nazionale. Sul punto V. RIZZO, *Trasparenza*, cit., 95. V. però sull'interpretazione *in favorem* quale «applicazione "alternativa"» del canone di conservazione dell'efficacia del contratto: M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, cit., 318 s.

<sup>134</sup> Nella letteratura la prospettiva dell'integrazione del contratto mediante regole dispositive a valle della declaratoria di vessatorietà era vista generalmente con favore: G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1996, 224 ss.; C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. dir. privato*, 1998, 38 ss.; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 248 ss.; A. FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, 103 ss.; L. VALLE, *La vessatorietà delle clausole, oltre la nullità parziale*, in *Contr. impr. Europa*, 2014, 116, 1418; F. AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, ODCC, 2017, 37, 63.

<sup>135</sup> H. G. GADAMER, *Warheit und Methode*, Tübingen, 1961, trad. it. *Verità e Metodo*, Torino, 1988, 427.

<sup>136</sup> C-96/14, *Jean-Claude Van Hove contro CNP Assurances SA*, ECLI:EU:C:2015:262, 49.

<sup>137</sup> Pura e semplice, cioè senza far luogo alla parziale eliminazione degli effetti della clausola: C-488/11 *Asbeek Brusse*; C-70/17 e C-179/17 *Abanca Corporación Bancaria SA e Bankia SA contro Alberto García Salamanca Santos e altri*, ECLI:EU:C:2019:250.

<sup>138</sup> C-421/14, *Banco Primus SA v Jesús Gutiérrez García*, ECLI:EU:C:2017:60, 71.

<sup>139</sup> *Kásler, Dziubak*.

<sup>140</sup> Secondo la massima generale dell'ermeneutica: H.G. GADAMER, *Verità*, cit., 343 ss.

<sup>141</sup> S. PAGLIANTINI, *Interpretazione (ed integrazione) dei contratti asimmetrici (Atto secondo)*, in *Contratti*, 2016, 1147, 115; Id., *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE, NGGC*, 2019, II, 561.

<sup>142</sup> H.L.A. HART, *The Ascription of Responsibility and Rights*, 49 *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1948, 171, 182.

<sup>143</sup> Così M. CASELLA, *Il contratto e l'interpretazione. Contributo a una ricerca di diritto positivo*, Milano, 1961, 61 in un lavoro che non ha perso nel tempo la sua attualità.

<sup>144</sup> Ma il discorso vale, mutato quel che c'è da mutare, anche per l'ordinamento interno. V., per il diritto non attratto alla competenza dell'Unione, le pagine di E. NAVARRETTA, *Costituzione*, cit., 196 ss.

Le considerazioni che precedono corroborano l'ipotesi della relatività degli argomenti ermeneutici in rapporto a un ordinamento. L'interpretazione contro il predisponente è un caso particolare di *Folgenorientierte Argumentation*: una tecnica di giustificazione riferita «alle conseguenze pratiche mediate (di secondo grado), esterne al sistema giuridico, che la decisione ipotizzata presumibilmente produrrebbe nel tessuto sociale»<sup>145</sup>, integrata nel metodo di interpretazione. Per molto tempo il diritto nazionale è stato il punto di riferimento esclusivo del controllo delle decisioni risultanti dall'argomentazione orientata alle conseguenze. Caduta la relazione biunivoca tra argomenti interpretativi e sistema del diritto nazionale, l'interpretazione dei canoni di interpretazione dipende in modo cruciale dalla capacità di individuare i tratti portanti di un *frame of reference* specificamente europeo.

Rispetto alla direttiva di interpretazione più favorevole al consumatore due questioni spiccano per rilievo sistematico generale, riguardanti rispettivamente la relazione della regola (i) con l'interpretazione dei contratti nel diritto comune (§ 6) e (ii) il giudizio di abusività delle clausole (§ 7).

Per ciascuno di questi problemi la *Verschiebung der Gesichtspunkte* autorizza in effetti una revisione del metodo di interpretazione, nel segno della predisposizione contrattuale come fonte di diritto oggettivo, se non la «più importante»<sup>146</sup>, come pensava Friedrich Kessler, verosimilmente la più necessaria dal punto di vista di un ordinamento che ha come ragion d'essere e base di legittimità l'esercizio delle libertà economiche e il funzionamento del mercato interno.

Un principio di riflessione a questo riguardo è una certa somiglianza di famiglia della *ratio* del controllo sulle clausole abusive da *Océano* in poi, per un verso, con il controllo sulle restrizioni alle libertà economiche fondamentali<sup>147</sup>, per altro verso, con il controllo delle intese restrittive della concorrenza<sup>148</sup>. La matrice giuspolitica comune a

queste manifestazioni è l'estensione ai rapporti tra privati dell'idea liberale del governo limitato, in rapporto a un potere che «la veste tecnica del contratto non rende meno generale» della legge<sup>149</sup>, né – si deve aggiungere – meno potenzialmente oppressivo, ove non integrato in un sistema di *checks and balances*. Lo strumento giuridico formale è il controllo giudiziale di conformità, agganciato a un principio di ordine pubblico teleologicamente orientato alla realizzazione del mercato interno<sup>150</sup> e alla tutela dei diritti individuali che dal mercato dipendono<sup>151</sup>.

«The community is a re-regulator»<sup>152</sup>. Al modo in cui le restrizioni (pubbliche e private) all'esercizio delle libertà fondamentali devono essere giustificate alla luce di «overriding reasons in the public interest» (*Cassis de Dijon*) e le deroghe alla nullità delle intese anticoncorrenziali devono essere motivate in considerazione delle esternalità economiche (e in qualche misura anche non economiche) positive dell'intesa<sup>153</sup>, in una logica non dissimile, l'esercizio unilaterale di un potere normativo privato è assoggettato a un controllo *latu sensu* di legittimità. L'intensità di tale controllo varia in relazione a quel che in prima approssimazione si potrebbe definire la portata generale (e in tal senso para-legislativa) del potere: se è formalmente inserito nell'architettura della regolamentazione del mercato (*Fra.bo*, *Schmitt*, *Elliott*), se è esercitato in modo collettivo da organizzazioni rappresentative di interessi (*Laval*, *Bosman*, *Wouters*), se genera esternalità negative sui diritti fondamentali di terzi estranei al rapporto (*Scarlet*, *Promusicae*); tuttavia, anche relazioni dove la dimensione collettiva è più tenue (o *prima facie* assente) possono essere considerate nella stessa luce, ove l'esercizio dei diritti derivanti dal contratto sia intrecciato all'esercizio unilaterale di

---

una valutazione su un interesse pubblico all'esistenza di un mercato concorrenziale che si declina come vero e proprio diritto soggettivo».

<sup>149</sup> Così P. RESCIGNO, *Premessa, I contratti in generale*, I, in Tratt. Rescigno-Gabrielli, Torino 2006<sup>2</sup>, LV.

<sup>150</sup> H.W. MICKLITZ, *Some Considerations*, cit., 36.

<sup>151</sup> E. NAVARRETTA, *Costituzione*, cit., 62 ss.

<sup>152</sup> S. WHEATHERILL, *Justifying Limits to Party Autonomy in the Internal Market - EC Legislation in the Field of Consumer Protection*, in *Party Autonomy and the Role of information in the Internal Market*, a cura di S. Grundmann, W. Kerber, S. Weatherill, Berlin, 2001, 173, 180.

<sup>153</sup> Commission Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (2004/C 101/08. OJ C101/97), 38 ss. Sull'incipiente rilevanza di interessi pubblici (segnatamente: la protezione dell'ambiente) non economici: B. BAARSMA e N. ROSENBOOM, *A veritable tower of Babel: on the confusion between the legal and economic interpretations of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union*, in *Eur. Comp. Journal*, 2015, 402.

<sup>145</sup> L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Saggi, Milano, 1996, 91, 95.

<sup>146</sup> F. KESSLER, *Contracts*, cit., 641. Sulle conseguenze politiche della «degradazione» dell'autonomia da fonte a fattispecie nel diritto del capitalismo maturo: P. FEMIA, *Autonomia e autolegislazione*, in *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, a cura di S. Mazzamuto e L. Nivarra, Torino, 2016, 11, 35 ss.

<sup>147</sup> H.W. MICKLITZ, *Some Considerations on Cassis de Dijon*, cit., 33 ss.

<sup>148</sup> G. VETTORI, *La giurisprudenza come fonte del diritto privato*, in *Persona e Mercato*, 2014, 137, 145: «Il controllo sul potere privato nella disciplina della concorrenza e del mercato ha posto in luce un altro settore fondamentale ove emerge non un problema di equilibrio fra forti e deboli, ma





un potere: «A right demands protection [...] power implies control»<sup>154</sup>.

Forse nessun caso come *Invitel* illustra con altrettanta efficacia la «somiglianza» tra la ragion d'essere dell'*Inhaltskontrolle* nei contratti *BtoC* e il principio del governo limitato<sup>155</sup>. Quando la Corte estende *erga omnes* gli effetti dell'accoglimento dell'azione inibitoria collettiva ai consumatori, anche non costituiti, che abbiano stipulato alle medesime condizioni col medesimo professionista, l'affermazione della *judicial review* (non solo direttamente sulle clausole, ma *funditus*) sul potere di predisposizione contrattuale in quanto tale è a un passo. Procede nella stessa direzione l'ammissibilità, nella cornice dell'armonizzazione minima, di dispositivi amministrativi di pubblicità delle clausole dichiarate abusive con provvedimento giurisdizionale definitivo, al fine estendere la tutela nei confronti dell'impresa che utilizza clausole equivalenti, a condizione che sia garantito l'esercizio del diritto di difesa di quest'ultima<sup>156</sup>.

### 7. I contratti B2C si interpretano nel solito modo?

L'enfasi sulla dimensione regolatoria dell'autonomia è la premessa per la revisione delle forme logiche dell'interpretazione<sup>157</sup>. Nel quadro

della giurisprudenza sull'art. 101 TFUE l'indagine sullo scopo perseguito dalle parti è sostanzialmente estranea alla valutazione, che assume a punto di riferimento l'obbiettivo portata anticoncorrenziale dell'intesa<sup>158</sup>. Analogamente, imporre al giudice di selezionare il significato più favorevole al consumatore «in caso di dubbio sul senso di una clausola» (art. 5, per. 2, Dir. 93-13) stride con l'immagine dell'interpretazione soggettiva come presidio della libertà individuale e, per contro, si sposa al timore che l'esercizio della stessa libertà da parte delle grandi organizzazioni economiche si risolva per i più nell'inasprimento della tendenza alla «schematizzazione coercitiva dell'esistenza»<sup>159</sup>.

Sotto le insegne del *Market-State* europeo questa dialettica tipicamente novecentesca ha subito una radicale conversione: dalla materializzazione alla funzionalizzazione del diritto privato. In un ordinamento che usa il diritto dei contratti come un dispositivo di riequilibrio nella distribuzione del potere economico e di contrasto ai fallimenti del mercato, l'interpretazione soggettiva come principio di individuazione della regola contrattuale non basta. La duplicazione delle forme logiche e dei modelli di razionalità alla base dell'interpretazione si può rappresentare da questo punto di vista come un chiasmo: quel che per il contratto di diritto comune è un argomento contingente e sussidiario di politica del diritto – interpretazione contro il predisponente e a favore del consumatore – per il contratto di diritto europeo è viceversa necessario e prioritario. La giurisprudenza pratica e teorica non vuol credere a un cambiamento tanto radicale di paradigma. Non vuol credere, in particolare, che quel che è (o appare) fondamentale per il contratto di diritto comune, diventi improvvisamente recessivo per il contratto di diritto europeo, dunque

<sup>154</sup> L. AZOULAI, *The Court of Justice and the social, market economy: the emergence of an ideal and the conditions for its realizations*, CMLR, 2008, 1335, 1345.

<sup>155</sup> Causa C-472/10 *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság v Invitel* [2012]. H. W. MICKLITZ–N. REICH, *AGBRecht und UWG – (endlich) ein Ende des Kästchendenkens nach Perenicóva und Invitel*, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 2012, 257.

<sup>156</sup> Causa C-119/15, *Biuro podróży 'Partner'*, 22-47. V. F. CAFAGGI e S. LAW, *Judicial Dialogue and European Private Law: Introductory Remarks, in Judicial cooperation in European private law*, a cura di F. Cafaggi e S. Law, Cheltenham, 2017, 1; Id., *Effect of Collective Proceedings in Landmark Cases of EU Consumer Law: In Honour of Jules Stuyck*, a cura di E. Terry et al., Cambridge, 2013, 653.

<sup>157</sup> Nella letteratura italiana: C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, 960; G. STELLA RICHTER, *L'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 1027; V. RIZZO, *Trasparenza*, cit., 47 ss.; S. MARTUCELLI, *L'interpretazione dei contratti del consumatore*, Milano, 2000; Id., *Il canone dell'interpretazione più favorevole al consumatore*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, II, 1018 ss.; A. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Milano 2008, 157 ss.; M. D'AURIA, *L'interpretazione del contratto nel diritto privato europeo*, Milano 2012; M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione*, Torino, 2018, 65 ss.; Id., *Contratto del consumatore e interpretazione*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, 1041 ss. Il tema è al centro di un'agenda di ricerca unica nel suo genere, per la sintesi di teoria del contratto e analisi empirica della giurisprudenza e

delle fonti su scala continentale: cfr. S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, 291; Id., *Contratto b2c e concorso di tutele: variazioni su diritto primo e diritti secondi a margine di Van Hove e Matei*; Id., *L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone di Gentili e della Corte di Giustizia (il dopo Radlinger aspettando le clausole floor, sullo sfondo del nuovo art. 1190 Code civil)*, *Contratti*, 2016, 1029; Id., *Interpretazione e integrazione dei contratti asimmetrici*, cit., 1147; Id., *La trasparenza consumeristica tra "dottrina" della Corte ed equivoci interpretativi*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 651.

<sup>158</sup> C-551/03, *General Motors Continental NV v Commission of the European Communities*, EU:C:2006:229, 77-78; C-209/07, *Competition Authority v Beef Industry Development Society Ltd and Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd*, ECLI:EU:C:2008:643, 21.

<sup>159</sup> I passi citati nel testo sono tratti da una pagina notissima: M. WEBER, *Economia e società*, II, 85 s. In termini sostanzialmente identici: F. KESSLER, *Contract as a Principle of Order*, in *Contracts: Cases and Materials*, ed. by F. Kessler, G. Gilmore, A. Kronman, Boston, 1986, 7 ss.

subordina l'interpretazione *in favorem* ai canoni d'interpretazione oggettiva (c.d. principio di sussidiarietà) o la condiziona all'affidamento legittimo dell'aderente sul significato più favorevole. *Idest*: solo dopo avere inutilmente sperimentato l'interpretazione soggettiva-razionale, e sul presupposto dell'affidamento incolpevole del consumatore, l'interpretazione del contratto si apre a direttive di natura "politica". In breve: «il contratto del consumatore si interpreta nel solito modo»<sup>160</sup>.

Questa lettura non è in verità del tutto persuasiva. Non solo perché, ha osservato un Autore, la subordinazione al ragionevole dubbio «immiserisce la valenza euristica» dell'interpretazione *in favorem*, degradandola a «norma residuale»<sup>161</sup>, oltretutto in contrasto con l'obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale, «in the light of the wording and the purpose of the directive»<sup>162</sup>, ma prima ancora forse per una petizione di principio, che si annida nella storia della disciplina.

La ricerca di un nucleo di regole universali, espressione della ragione naturale, distinte dalle regole che dipendono dai costumi dei popoli, è antica come la sapienza giuridica<sup>163</sup>. Tra il XVII e il XIX secolo quella aspirazione è stata gradualmente assorbita nella «grande dicotomia» tra diritto pubblico, regno delle scelte politiche contingenti, e diritto privato, luogo della ragione universale<sup>164</sup>, che

<sup>160</sup> A. GENTILI, *Senso*, cit., II, 635. *Adde*: N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 1154. Nella dottrina sul *Konsumentenschutzgesetz* austriaco, in termini analoghi: P. BYDLINSKI, *Thesen zur praktischen Handhabung des "Transparenzgebots" (§ 6 Abs 3 KSchG)*, *Jur. Blätter*, 2011, 141.

<sup>161</sup> S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione dei contratti asimmetrici*, cit., 1033.

<sup>162</sup> C-26/13 *Kásler*, cit., 64. L'affermazione del principio risale a C-14/83 *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1984:153, dove il dovere di *harmonious interpretation* è ricondotto all'interpretazione sistematica degli art. 288.3 TFUE e 4.3 TUE: A. HARTKAMP, *European Law and National Private Law*, Cambridge, 2018, 157 ss. Sull'interpretazione conforme come fonte *extra ordinem*: A. DI MAJO, *Rimedi e dintorni*, in *Eur. dir. priv.*, 2015, 734.

<sup>163</sup> V. La summa diviso stabilita da Gaio tra «*ius civile*, quasi *ius proprium civitatis*» e «*ius gentium*, quasi *quo iure omnes gentes utuntur*», e il collegamento di quest'ultimo con la *naturalis ratio*: Institutiones, I, 1. Y. THOMAS, *Imago naturae. Note sur l'institutionnalité de la nature à Rome in Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne*. Actes de la table ronde de Rome (12-14 novembre 1987), Roma, 1991, 201- 227; M. GRAZIADEI, *Natural Law in the Story of Comparative Law: Considerations on its Continuing Relevance*, in *JCL*, 2014, 13.

<sup>164</sup> *À la* Bobbio, che riprende l'idea dalle scienze sociali, come «uso sistematico» della suddivisione del diritto in due sfere: (a) congiuntamente esaustive («tutti gli enti di quell'universo vi rientrano»); (b) reciprocamente esclusive («un ente

si staglia sullo sfondo dell'affermazione dello Stato moderno<sup>165</sup>; trae alimento e vigore dall'emancipazione della società civile dalle strutture cetuali e corporative delle società di *ancien régime* e dall'apertura dei mercati nazionali della terra, del lavoro, dei capitali; si consolida oltre Manica con lo sviluppo di una *general contract law*, edificata sulla promessa assistita da *consideration*, e nell'Europa continentale con i Codici di prima generazione e il riordinamento del diritto privato in una serie di istituti generali – proprietà, contratto, illecito – edificati sull'unità del soggetto di diritto e sul potere della volontà<sup>166</sup>. L'antica distinzione tra *ius civile* e *ius gentium* si è trasformata nella divisione del lavoro tra poteri di ordinamento di rapporti privati (*Privatautonomie, private ordering*) e poteri dello Stato<sup>167</sup>.

Le precomprensioni *quo adhuc utimur* sulla natura (di diritto comune), lo scopo (di coordinamento dal basso delle volontà individuali secondo un principio di giustizia correttiva), il metodo (di indagine per concetti ordinati secondo relazioni di genere a specie) del diritto civile sono inseparabili da alcune premesse fondamentali

---

compreso nella prima non può essere contemporaneamente compreso nella seconda»); (c) totale («un ente compreso nella prima non può essere contemporaneamente compreso nella seconda») e (d) principale («tende a far convergere verso sé altre dicotomie che diventano rispetto ad esse secondarie»): N. BOBBIO, *La grande dicotomia*, in *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1977, 130 ss. Cui *adde* però le osservazioni critiche di P. CAPPELLINI, *Systema Iuris*, II, Milano 1985, 175.

<sup>165</sup> Sulla distinzione tra diritto pubblico e privato presso gli antichi e i moderni: M. KASER, *Ius publicum und ius privatum*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, 103 (1986), 1. Dal lato pubblicistico il «percorso estremamente frastagliato di emersione del pubblico» nell'età moderna è ricostruito da B. SORDI, *Verso la grande dicotomia: il percorso italiano*, in *Quad. fior.*, 45, 2016, 194-209, 196. Per una prima, notevolissima formulazione moderna della dicotomia: J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel, Livre Préliminaire*, II, e, ivi, la definizione della soggettività giuridica. Su Domat, oltre alle pagine di G. TARELLO, *Storia del pensiero giuridico moderno*, Bologna, 1976, 38 ss., v. B. SORDI, *Alle origini della grande dicotomia: «Le droit public» di Jean Domat*, in *Gli inizi del diritto pubblico*, a cura di G. Dilcher e D. Quagliani, III, *Verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità*, Bologna, 2011, 679.

<sup>166</sup> Il collegamento, accennato nel testo, tra la divisione pubblico/privato e la separazione tra Stato e società civile semplifica una relazione enormemente più intricata: v. P. CAPPELLINI, *Systema*, cit., II, 175 ss., 246 ss.; P.S. ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, I, 102 ss., 139 ss.; G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, Milano, 1955, 26 ss.; II, 415 ss.

<sup>167</sup> R. MICHAELS e N. JANSEN, *Beyond the State? Rethinking Private Law: Introduction to the Issue*, e Id. *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, *Am. J. Comp. Law*, 54 (2008), 843.





relative al significato di «pubblico» e «privato», nella cornice dell'uso a fini sistematici della dicotomia. Tali assunti si compendiano, sul piano formale, nell'appartenenza del diritto privato all'ordinamento giuridico dello Stato, sul piano invece sostanziale, nell'affermazione della portata generale e neutrale dei suoi concetti e istituti fondamentali. Di qui la rivendicazione dell'autonomia del diritto civile da obbiettivi dettati dalla politica e dall'economia e il *refoulement* alla periferia del sistema delle regole che quegli obbiettivi incarnano.

I cosiddetti principi di gerarchia e di sussidiarietà dei canoni di interpretazione detta "oggettiva" (1367-1371 c.c.) rappresentano una proiezione di questa ideologia, in consonanza con l'ermeneutica dominante negli anni della Codificazione: se il contratto è accordo di volontà, è giuridicamente corretto il senso della dichiarazione corrispondente alla "reale" volontà dei dichiaranti<sup>168</sup>. A un esito non dissimile giungono peraltro, e per altre vie, due autorevoli letture contemporanee, all'insegna di una teoria procedurale dell'interpretazione: che la correttezza del risultato dell'interpretazione dipenda dalla conformità al canone legale<sup>169</sup> o dalla razionalità degli argomenti che la sostengono<sup>170</sup>, il comune intento delle parti domina la scena, nobilitato nella *ratio contractus*. Tale conclusione, coerente col riconoscimento della natura «storicamente politica»<sup>171</sup> dei metodi ermeneutici nella prima dottrina (*auctoritas, non veritas, facit legem*), stride per contro con la rivendicazione, nella seconda dottrina, della razionalità del metodo d'interpretazione codificato negli artt. 1362-1371 c.c. depurato dal dogma della verità come corrispondenza (*auctoritas et veritas faciunt legem*).

<sup>168</sup> Quando Savigny, in ossequio a una direttiva di autoreponsabilità, separa il problema dell'interpretazione contraria al dichiarante dal tema generale dell'interpretazione dei negozi bilaterali ragiona precisamente in questa prospettiva: cfr. *Das Obligationsrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1853, trad. it. di G. Pacchioni, *Le obbligazioni*, Torino, 1915, II, 177 e note. In questa stessa vena la dottrina che ha ispirato il metodo d'interpretazione dei contratti scritto nel Codice civile riteneva che solo le regole di interpretazione soggettiva, poiché si riferiscono a un dato reale (*id quod cogitatum*), riguardano l'ermeneutica in senso proprio, mentre le regole di interpretazione oggettiva, nella misura in cui hanno per oggetto un'apparenza, pur socialmente rilevante (*id quod actum est*), considerano un'operazione diversa: cfr. C. Grasseti, *L'interpretazione*, cit., 130: «la legge opera un'integrazione della volontà contrattuale [...] sostanzialmente incerta, non tanto nella sua generica esistenza, quanto nella sua più precisa direzione».

<sup>169</sup> N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 139 ss.

<sup>170</sup> A. GENTILI, *Senso*, cit.

<sup>171</sup> N. IRTI, *Principi*, cit., 140.

Dalla premessa indiscutibile per cui «corretto» è il risultato dell'interpretazione più razionalmente e normativamente giustificato, però, non segue che nel dissenso sui possibili effetti di una clausola il senso che attinge al contesto e al co-testo immediato (interpretazione soggettiva) sia più giustificato del senso che attinge agli argomenti cosiddetti politici (interpretazione oggettiva)<sup>172</sup>. Per giungere a questa conclusione è necessario introdurre una premessa intermedia, all'incirca così formulata: nell'interpretazione dei contratti il senso soggettivo è in assoluto più corretto perché conforme al principio di autonomia privata<sup>173</sup>. Ma questa affermazione deve a sua volta essere giustificata: non è sufficiente a questo scopo addurre la continuità tra interpretazione soggettiva e principio di autonomia privata nel diritto comune dei contratti, occorre dimostrare la rilevanza di quel paradigma in relazione al modello di razionalità proprio di ordinamento diverso, se non si vuole trasformare l'autonomia privata in una sorta di universale<sup>174</sup>. È insomma illusorio pensare di dedurre dal concetto autonomia privata le coordinate per stabilire il senso del contratto rilevante per l'ordinamento. Al contrario: è necessaria una teoria dell'ordinamento – e delle fonti – per interpretare le manifestazioni dell'autonomia privata.

All'obiezione, per cui il «dubbio» nell'art. 1370 c.c. e 35, comma secondo, Cod. consumo, presuppone la resistenza della clausola alle tecniche dell'interpretazione soggettiva, si può replicare che solo se il contratto è una manifestazione di *Gestaltungsfreiheit* per entrambe le parti la «forma logica» dell'interpretazione si modella naturalmente su una congettura orientata al riconoscimento del senso originario dell'accordo: «ciò che fu una volta»<sup>175</sup>. Se invece la manifestazione dell'autonomia è considerata come esercizio di un potere di ordinamento volto «a dettar norma a determinati interessi»<sup>176</sup>, vale per l'ermeneutica dei contratti quel che già da tempo vale per l'ermeneutica della legge, in non casuale consonanza con l'ermeneutica generale:

<sup>172</sup> A. GENTILI, *Senso*, I, 285.

<sup>173</sup> A. GENTILI, *Senso*, II, 508.

<sup>174</sup> V. le riflessioni critiche ancora attuali di P. BARCELLONA, *Libertà contrattuale*, in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, 490, a proposito della «adozione aprioristica di un modello storico di autonomia contrattuale [...] e l'affermazione della intrinseca «razionalità» di tale modello e dei principi in esso impliciti».

<sup>175</sup> N. IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 codice civile*, Milano, 1996, 156 s.

<sup>176</sup> P. SCHLESINGER, *Interpretazione del contratto e principio dispositivo*, in *Temi*, 1963, 1135, 1143.

l'interpretazione ha «rotto gli ormeggi» con la psicologia dell'autore<sup>177</sup>.

Questa conclusione si rafforza considerando che il vincolo a una ragione di dubbio nel quadro di una controversia sugli effetti del contratto dipendente dall'interpretazione di una clausola ha una propria e autonoma ragion d'essere. Indipendentemente dall'esistenza di un dubbio sulla volontà delle parti, essa si giustifica al fine di consentire agli attori del processo di esercitare i relativi poteri in sede di contraddittorio, esame delle prove, motivazione, impugnazione. Il dubbio sul senso della clausola serve insomma un criterio di fallibilismo, immanente alla dialettica processuale, per cui meritano di essere accolte solo le argomentazioni che resistono alla prova della critica. A questa conclusione non sfugge l'interpretazione soggettiva, che pure è una congettura, anche se per ragioni radicate nell'idea (e nell'ideologia) dell'«accordo tra le parti» le argomentazioni che dalla volontà astraggono sono presentate come un surrogato rispetto alla «determinazione» dell'intento originario, eletto a schema argomentativo di *default*. Il primato dell'interpretazione soggettiva, da questo punto di vista, è un fenomeno storico, legato al valore di archetipo dello scambio discreto, concluso tra individui su un piano di astratta eguaglianza, in capo a trattative più o meno complesse. Accentuando ora l'aspetto conflittuale, ora quello cooperativo di quel paradigma, si ottengono i due grandi generi antinomici sintetizzati dalle opposte letture della «comune intenzione»: letterale e conversazionale, testo e contesto. Ma quanto più ampia è la distanza dal paradigma del contratto *in generale*, tanto più è legittimo porre la questione della pluralità dei contesti, delle ragioni sostanziali per la scelta di un contesto, degli argomenti per mezzo dei quali tali ragioni possono essere fatte valere. Nuovamente, vale per l'ermeneutica del contratto la lezione dell'ermeneutica generale: «la compresenza dei soggetti nel dialogo cessa di essere il modello di ogni “comprensione”»<sup>178</sup>.

Queste considerazioni acquistano un'evidenza tangibile se il contratto viene al mondo per partenogenesi e armato di tutto punto, come Atena dalla testa di Zeus, macchinalmente ripetendo clausole e condizioni tipiche di un settore industriale. Se predisponente e destinatario degli effetti coincidono *ex uno latere*, ad es. nelle

clausole *boilerplate*, è ragionevole che il peso delle circostanze comuni alle parti nella fase della formazione dell'accordo si riduca in proporzione<sup>179</sup>. Estrapolare una presunzione di volontà imputabile ai contraenti, alla luce delle circostanze reciprocamente note, è possibile e a certe condizioni (nei contratti commerciali tra *repeated* o *sophisticated players*) forse anche opportuno<sup>180</sup>, ma ha perduto l'aura della *ratio (universalis) contractus*. Ora è una strategia argomentativa come un'altra, a disposizione del giudice alle prese (non con un dubbio, relativo alla «comune intenzione» delle parti, ma) con un problema di efficacia della norma privata, e la sua pretesa di razionalità deve essere dimostrata (non *contro* l'autonomia contrattuale, ma) a causa della «razionale incompatibilità [dell'autonomia] con una sovradeterminazione delle regole unilateralmente imposte»<sup>181</sup>. Fa differenza se il contratto predisposto è regola di rapporti individualizzati o seriali?<sup>182</sup> Se recepisce i contenuti di accordi conclusi tra rappresentanze di interessi?<sup>183</sup> Se i beni e servizi oggetto del contratto soddisfano bisogni primari in settori strategici dell'economia (mutui immobiliari, credito, prodotti finanziari, assicurazioni, *network utilities*)? Se i costi di informazione sono riversati sull'aderente? In breve: fa differenza se «the exercise of power by contract»<sup>184</sup> si riverbera con effetti sistemici sull'integrazione del mercato, sulla dinamica concorrenziale, sull'accesso a beni primari?

Al pari di altri testi già dominati dalla funzione-autore<sup>185</sup>, la dissolvenza del Soggetto come

<sup>179</sup> S. RODOTÀ, *Fonti*, cit., 46 ss. per cui il fenomeno delle conduzioni generali di contratto tocca il «valore dell'accordo, poiché il momento della costruzione del regolamento viene esplicitamente posto fuori di esso e la sua funzione rimane esclusivamente quella di sanzionare la nascita del vincolo».

<sup>180</sup> V. le riserve espresse da S. J. CHOI e G. M. GULATI, *Contract*, cit., 1132.

<sup>181</sup> U. BRECCIA, *Fonti del diritto contrattuale*, *Enc. Dir. Annali*, III, Milano, 2010, 394, 400.

<sup>182</sup> Non è superfluo aggiungere che l'interpretazione oggettiva e la revisione in Cassazione è lo standard applicato dalla giurisprudenza tedesca alle *Allgemeine Geschäftsbedingungen* dalla metà del secolo scorso, avallato da L. Raiser, *Das Recht*, cit., 252 s.

<sup>183</sup> Cfr. F. CAFAGGI, *Self-regulation*, cit.: «interpretive techniques of European standard contract forms should be adopted in order to foster legal integration. For example, the [interpretation of] existing terms or the gap-filling should look for the 'regulatory' purpose and interpret the contract in the light of the whole industry and the related market». Adde: S. GRUNDMANN, *Modern Standard Contract Terms Law from Reasonable Assent to Enhanced Fairness Control. A View on Digital Environments and Post-Transaction Assent*, in *ERCL* 2019, 148.

<sup>184</sup> F. KESSLER, *Contracts*, cit., 640.

<sup>185</sup> M. FOUCAULT, *Qu'est-ce-qu'un auteur?* Conferenza tenuta il 22 febbraio 1969 al *Collège de France*, trad. it, *Che cos'è un*

<sup>177</sup> P. RICOEUR, *Il modello del testo: l'azione sensata considerata come un testo*, in *Dal testo all'azione. Saggi di ermeneutica*, Milano, 1993, 177, 181.

<sup>178</sup> P. RICOEUR, *Che cos'è un testo?*, in *Dal testo all'azione*, cit., 183.





condizione di intelligibilità del contratto apre uno spazio per la revisione delle «forme logiche» dell'interpretazione, affinché le manifestazioni di autonomia siano valutate non «soltanto nel loro valore espressivo, ma nelle modalità della loro esistenza»<sup>186</sup>: per mezzo di quali tecniche e in vista di quali tecnologie di commercializzazione e di negoziazione il contratto è predisposto e concluso (*Perenicová*<sup>187</sup>), sullo sfondo di quale distribuzione di poteri e di competenze (*Andriciuc*), quali bisogni è diretto a soddisfare (*Aziz, Sanchez Morcillo, Kušionova*), con quali ripercussioni sociali e sistemiche (*Mostaza Claro, Andriciuc*).

### III

#### 8. Fondamento del controllo giudiziale in un principio di accountability.

Il dubbio se sia legittimo assimilare *tout court* l'oscurità all'abusività delle clausole, con abrogazione in via interpretativa dell'art. 5, per. 2, Dir. 93-13 e della sua attuazione nell'ordinamento interno, è insorto nella dottrina italiana a partire dalla giurisprudenza *Kásler*. Il ragionamento procede così: se l'oscurità dei *core terms* del contratto determina la nullità della clausola, allora tutte le clausole predisposte intrasparenti devono esser nulle (arg. *a fortiori* ex art. 4.2, Dir. 93-13), indipendentemente dalla valutazione in concreto

della idoneità di una clausola a determinare un «significativo squilibrio» nei rapporti tra professionisti e consumatori<sup>188</sup>. Dove è il più, è anche il meno.

La proiezione delle conseguenze invalidanti dell'intrasparenza oltre i *core terms* del contratto partecipa dell'intuizione originaria del controllo sull'abuso di potere contrattuale quale deroga eccezionale all'intangibilità dell'equilibrio economico del contratto. L'adesione a questo schema, consacrato nei progetti accademici di armonizzazione, è stata verosimilmente rafforzata in Italia dalla circostanza che per mezzo secolo – tra la pionieristica tutela formale dell'aderente alle condizioni generali di contratto (artt. 1340-1341 e 1370 c.c.) e l'attuazione della Dir. 93-13 – tutte le istanze di materializzazione del diritto dei contratti sono passate per il filtro della dicotomia tra diritto comune e diritto speciale, ritagliando sullo sfondo omogeneo della nozione di «parte» del contratto coppie «tipiche» di contraenti, disegnate in contemplazione di modelli di conflitto redistributivo tra gruppi economici e sociali relativamente omogenei<sup>189</sup>. Nello spartiacque tra contenuto economico e contenuto normativo del contratto la dottrina ha riconosciuto un profilo di continuità tra disciplina generale del mercato e diritto comune<sup>190</sup>, sottovalutando la razionalità squisitamente economica di una politica del diritto improntata ai limiti dei mercati concorrenziali in condizioni di informazione imperfetta<sup>191</sup>.

---

autore?, in *Scritti letterari*, Milano, 1971, 11. Va osservato peraltro che Foucault annovera i contratti tra i testi sprovvisti di autore: «un contratto può benissimo avere un garante ma non ha un autore» (*ivi*, 9). C'è del vero in questa affermazione, nella misura in cui le parti del contratto non devono coincidere per forza con gli autori del *draft*. Ma una dissociazione per certi aspetti analoga si registra anche nel caso della legge (tra chi predispose materialmente il testo e l'organo che lo adotta) e nel caso della sentenza (tra il giudice estensore e il collegio). Si può dunque parlare di una funzione-parte (e di una funzione-legislatore, ecc.) che sta al contratto come la funzione-autore sta, ad esempio, ai testi scientifici, filosofici, letterari, per designare ciò che manifesta un particolare «modo di essere di un testo» e lo caratterizza.

<sup>186</sup> *Ivi*, 22. In termini quasi identici N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina dell'interpretazione e dell'integrazione del contratto?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 721, separa l'interpretazione dei contratti tra professionisti e consumatori dalla «ricerca di una comune intenzione o da un criterio riferito alle modalità di espressione».

<sup>187</sup> C-453/10, *Jana Perenicová e Vladislav Perenic c. SOS Financ, spol. s r. o.*, 43 e punto secondo del dispositivo: «A finding that such a commercial practice is unfair is one element among others on which the competent court may, pursuant to Article 4(1) of Directive 93/13, base its assessment of the unfairness of the contractual terms relating to the cost of the loan granted to the consumer». Cfr. H. W. MICKLITZ-N. REICH, *AGB-Recht und UWG*, cit., 257.

<sup>188</sup> Si v. la puntuale analisi di F. AZZARRI, *Nullità*, cit., 49 ss.

<sup>189</sup> Diversamente in Germania, dove l'inquadramento come *Sonderprivatrecht* del diritto dei consumatori ha sempre incontrato una certa resistenza: v. J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers: eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge*, Tübingen, 71-83. La questione assume un significato completamente diverso alla luce dell'integrazione delle nozioni di *Verbraucher* e *Unternehmer* nel diritto delle persone (§§ 13 e 14 BGB) e alla modernizzazione del diritto delle obbligazioni.

<sup>190</sup> Esemplare in tal senso la lettura di L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei «Contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, in Scritti I. Metodo e Teoria giuridica, a cura di C. Castronovo, A. Albanese, A. Nicolussi, Milano, 2011, 343, 353 s. *Adde*: SIRENA, art. 1469-ter, 2 comma, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di G. ALPA e S. PATTI, Milano, 1997, I, 559; SCHMIDT-SALZER, *Leistungsbeschreibungen insbesondere in Versicherungsverträgen und Schranken der Inhaltskontrolle (AGB-Gesetz und EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen)*, in Pfeiffer, Kummer, Scheuch, Schmidt (hrsg), *Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag*, Köln, 1996, 268.

<sup>191</sup> Le basi si leggono in G. AKERLOF, *The Market for «Lemons»: Quality Uncertainty and the Market Mechanism* (1970) 84 *QJ Econ.*, 488, e nell'analisi economica dei mercati in condizioni di informazione imperfetta: A. SCHWARTZ e L.

*Kásler* però non autorizza una lettura abrogante dell'interpretazione più favorevole e del controllo di abusività<sup>192</sup> e anche in tal caso utili indicazioni si evincono dallo spostamento del punto di vista sull'autonomia privata dalla fattispecie alla fonte. È difficilmente contestabile che il filtro introdotto dall'art. 4 (2) Dir. 93-13 si giustifichi «in the interest of the parties' freedom to arrange their own affairs and in the interest of a functioning market based on competition in respect of price and efficiency»<sup>193</sup>. Ma è pur vero che l'ossequio alla libertà è un esercizio retorico se i contratti sono scritti e rappresentati agli aderenti per occultare il costo e le caratteristiche dei beni o dei servizi acquistati. E va da sé che se l'aderente non ha compreso il meccanismo di calcolo dei costi e di ripartizione dei rischi il contratto non può funzionare come un'efficace strumento bilaterale di governo dell'incertezza e la dinamica concorrenziale è falsata<sup>194</sup>. In breve, l'esercizio opportunistico dell'autonomia, ridotta a strumento di manipolazione dell'incompetenza o della necessità, sterilizzata della dimensione intersoggettiva e – ora sì – razionale<sup>195</sup>, è un intralcio per la concorrenza e una negazione della libertà del volere quale veste giuridica degli interessi individuali. Così stando le cose sarebbe fuor di luogo rappresentare il controllo giudiziale

come una deroga a un (evanescente, dal punto di vista europeo) principio generale di immunità del contenuto economico del contratto. Al contrario, l'immunità è un limite alla regola generale della *judicial review* sulla predisposizione contrattuale nei rapporti *BtoC*, giustificato dal carattere problematico di un sindacato giudiziale diffuso e diretto sull'equilibrio economico del contratto e dal funzionamento della concorrenza. Di qui l'interpretazione stretta delle qualificazioni riconducibili al contenuto economico del contratto nell'art. 4(2) Dir. 93-13, «norma eccezionale antielusiva»<sup>196</sup>, e la sostanziale inutilità di un'interpretazione abrogante dell'art. 5, secondo per., Dir. 93-13 (infra, § 9).

Per quel che si è detto finora il fondamento del principio di trasparenza nell'analisi dei «costs of dishonesty»<sup>197</sup> e delle «behavioral market failures»<sup>198</sup> è neutrale rispetto alla natura (economica o normativa) delle clausole e, nel complesso, coerente con l'orientamento *consumer choice* della tutela che si riscontra nelle tradizioni giuridiche più aperte alle forze del mercato e alla libertà contrattuale<sup>199</sup>, posto che il calcolo dell'utilità individuale rappresenta la base della produzione di utilità aggregata attraverso il coordinamento delle scelte individuali garantito dal sistema dei prezzi.

Libertà contrattuale e *consumer choice*, d'altro canto, offrono una base precaria alla legittimazione dell'esercizio dei poteri regolatori privati, se è vero che l'adesione a una regola stabilita da altri non è a rigore una manifestazione di autonomia, nel senso pieno e forte del potere di ordinamento dei rapporti, ma una manifestazione di autodeterminazione<sup>200</sup> o, peggio, di quel surrogato dell'autodeterminazione che risponde al nome e alla pratica del «consenso informato»<sup>201</sup>. Un criterio di legittimazione fondato sulla considerazione pressoché esclusiva degli interessi individuali, inoltre, difficilmente potrebbe

WILDE, *Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economical Analysis* (1979) 127 U. Pa. L. Rev. 630. S. GRUNDMANN, *Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law* (2002) 39 CMLR, 269; ID., *Wissen und Information*, in *Privatrechtstheorie*, Tübingen, 2015, 968; J. DREXL, *Die Wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, Tübingen, 1998, 329 ss.; K. RIESENHUBER, *Die Inhaltskontrolle von Vereinbarungen über Hauptleistung und Preis im Europäischen Vertragsrecht*, in *Gedächtnisschrift für M. Wolf*, a cura di T. Pfeiffer, W. Grunsky, and J. Damman, München, 2011, 123. Sul *fairness test* delle clausole considerate come prodotti in un mercato concorrenziale: M. SCHILLIG, *Directive 93/13 and the "price term exemption": a comparative analysis in the light of the "market for lemons" rationale*, (2011) 60 *Int. Comp. L. Q.* 933, 935, 958 ss.

<sup>192</sup> V. lo studio di M. DELLA CASA, *Judicial review of "core terms" in consumer contracts: defining the limits*, ERCL 2015, 152.

<sup>193</sup> Così l'opinione dell'A.G. Trstenjak, C-484/08, *Cajade Ahorrosy Monte de Piedad de Madrid* (EU:C:2009:682) p. 62.

<sup>194</sup> Cfr. M. SCHILLIG, *Directive 93/13*, cit., 959: «Obviously, market and competition can only work in respect of terms that are intelligible». Per altro verso è lecito dubitare della distinzione rigida tra clausole essenziali e inessenziali adottata dalla Corte sotto il profilo della idoneità a intercettare la dimensione della rilevanza economica (*salience*) della transazione per l'aderente: F. GÓMEZ POMAR, *Core versus Non-Core Terms and Legal Controls over Consumer Contract Terms: (Bad) Lessons from Europe?*, ERCL 2019, 177.

<sup>195</sup> Sul collegamento tra intersoggettività, razionalità e principio di buona fede la pagina di U. BRECCIA, *Fonti*, cit., 400.

<sup>196</sup> S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione dei contratti asimmetrici*, cit., 1150 s.

<sup>197</sup> Le conseguenze esiziali per i mercati concorrenziali dell'uso opportunistico delle asimmetrie informative: G. A. AKERLOF, *Market*, cit. 488, 496 s.

<sup>198</sup> O. BAR-GILL, *Seduction by Contract. Law, Economics and Psychology in Consumer Markets*, Oxford, 2012, 16 ss.

<sup>199</sup> Quale si riscontra nel concetto di *unconscionability* nella Sect. 5 del *Draft Restatement of the Law of Consumer Contracts*: v. sul punto A. SIBONY, *European Unfairness and American Unconscionability: A Letter From a European Lawyer to American Friends*, ERCL 2019, 195.

<sup>200</sup> S. PAGLIANTINI, *La trasparenza consumeristica*, cit., 655.

<sup>201</sup> Come suggeriscono i riferimenti al «consenso informato» nelle direttive sul credito al consumo (D 2008/48/CE) e sui mutui immobiliari (D 2014/17/UE) e la stessa giurisprudenza della Corte. V. P. FEMIA, *Autonomia*, 36 s.; «l'adesione è la forma divisionale privata, equivalente al plebiscito nella dimensione del diritto pubblico: in entrambi i casi si assiste alla perversione della funzione legittimante del consenso».







dar conto del campo di forze tra poteri pubblici e privati che è la cifra della variante europea sul tema foucaultiano dell'arte liberale di governare. In questa prospettiva non sarebbe arbitrario istituire una analogia e una connessione tra la *governance* del mercato interno e il controllo giudiziale, particolarmente nella dimensione sostanziale<sup>202</sup>. Se questa ipotesi di lavoro è fondata, il controllo sull'abusività delle clausole si fonda in ultima analisi su un'esigenza pressante e in senso alto politica di giustificazione razionale – *accountability* – nell'esercizio del potere di predisposizione unilaterale del contratto: render conto delle ragioni che presiedono alla distribuzione dei rischi per compensare la carenza di legittimazione *ex ante*.

### 9. Struttura del giudizio di trasparenza.

L'indagine sul rapporto tra interpretazione *in favorem* e controllo di abusività poggia su premesse identiche, perché identica è il principio di giustificazione razionale alla base: *tutte* le clausole devono essere redatte e formulate «in modo chiaro e comprensibile» (artt. 4 (2) e 5 (2), Dir. 93-13). Nelle clausole protette dal filtro dell'art. 4 (2) Dir. 93-13, peraltro, l'oscurità testuale è il presupposto di un più stringente test di *substantive transparency*<sup>203</sup> – «la possibilità effettiva di prendere conoscenza»<sup>204</sup> non basta, bisogna far sì che l'aderente comprenda «la portata giuridica ed economica del suo impegno contrattuale»<sup>205</sup> – e dell'integrale eventuale inefficacia del contratto, ove un preminente interesse del consumatore non giustifichi la sostituzione della clausola abusiva con una regola di diritto dispositivo.

La giurisprudenza della Corte in materia è trasparente<sup>206</sup>, mentre altrettanto non si può dire in merito al valore (assorbente o meramente indiziario) del test di trasparenza rispetto all'accertamento di un abuso, né alla rilevanza della diligenza del consumatore<sup>207</sup>. Non è chiaro, soprattutto, in

contemplazione di quale *verbraucherleitbild*<sup>208</sup> si debba giudicare: se l'individuo «ragionevolmente attento e avveduto»<sup>209</sup>, epigono *gender-neutral* del «buon padre di famiglia» e protagonista dei progetti di massima armonizzazione<sup>210</sup>, o un soggetto più irrazionale (e indebitato), che «ignora o non comprende la portata dei suoi diritti»<sup>211</sup>, punto di riferimento della giurisprudenza della Corte negli anni della crisi finanziaria<sup>212</sup>, o se i concetti ottenuti per aggregazione, utili per descrivere convergenze di massima d'interessi, non dovrebbero dopotutto essere messi da parte per far posto a categorie più disaggregate, costruite sull'analisi empirica delle tipologie di mercati e dei bisogni che devono soddisfare.

La terza strategia appare preferibile, considerato che l'asimmetria va misurata sulla posizione (le conoscenze, le informazioni, il potere di mercato) di un controparte professionale e di conseguenza varia considerevolmente da un settore all'altro, sicché l'intrasparenza nella formazione del contratto dovrebbe essere apprezzata (in modo non molto

<sup>208</sup> Cfr. J. STUYCK, *Consumer Concepts in EU Secondary Law*, in Klinck e Riesenhuber (hrsg), *Verbraucherleitbilder. Interdisziplinäre und europäische Perspektiven*, Berlin 2015, 115.

<sup>209</sup> Secondo la formula coniata dalla Corte nel quadro della libera circolazione: cfr. C -210/96 *Gut Springenheide and Tusky/Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt*, ECR, I 4657, p. 31 e C-342/97 *Lloyd Schuhfabrik Meyer*.

<sup>210</sup> Sul raccordo tra il paradigma del consumatore medio e massima armonizzazione, criticamente: J. STUYCK, *Consumer Concepts*, cit., 133 s.; T. WILHELMSSON, *The abuse of the 'confident consumer' as a justification for EC consumer law* (2004) 27 *J Consumer Policy*, 317; C. TWIGG-FLESNER, *The importance of law and harmonisation for the EU's confident consumer*, in D. Leczykiewicz and S. Weatherill (eds), *The Images of the Consumer in EU Law*, Portland, 2015; H. W. MICKLITZ, *Jack Is out of the Box: The Efficient Consumer-Shopper* (2009) *Tidskrift Utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, 417 e ID., *The Politics of Justice*, cit., 233 ss.

<sup>211</sup> Causa C-32/12, *Soledad Duarte Hueros v Autociba SA, Automóviles Citroën España SA*, p. 38 (sulla falsariga di Aziz, cit., p. 58). Ma v. già C-382/87, *R. Buet and Educational Business Services (EBS) v Ministère Public* [1989] ECR 1235: «the first and transformative identification of the 'vulnerable' consumer as an image recognised by EU law», così S. WEATHERILL e D. LECZYKIEWICZ, *Images of the Consumer in the EU law*, Oxford, 2016, 1, 4.

<sup>212</sup> E. BARGELLI, *La costituzionalizzazione del diritto privato attraverso il diritto europeo. Il right to respect for the home ai sensi dell'art. 8 CEDU*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 83; F. CAFAGGI, *On the transformations of European consumer enforcement law: judicial and administrative dialogues, instruments and effects*, in *Judicial Cooperation in European Private Law*, cit., 238 s. V. per un'interessantissima analisi strategica degli effetti distributivi dell'interazione tra giurisprudenza di merito, governo, e CGUE nel quadro della crisi dei mutui immobiliari: F. GÓMEZ POMAR e K. LYCZKOWSKA, *Spanish Courts, the Court of Justice of the European Union, and Consumer Law*, in *Judicial Cooperation in European Private Law*, cit., 93.

<sup>202</sup> *Infra*, xx e note.

<sup>203</sup> Cause congiunte C-154/15, C-307/15 e C-308/15 *Gutiérrez Naranjo*, 48 s.

<sup>204</sup> Considerando 20, Dir. 93-13.

<sup>205</sup> C-186/16 *Andriuc*, 44 s. *Adde*: C-154/15 *Gutiérrez Naranjo*; C-26/13, *Kásler*, 75; C-96/14 *Van Hove*, 50; C-143/13 *Matei*; C-348/14 *Bucura*; C-92/11 *RWE Vertrieb*. Cfr. M. DELLA CASA, *Judicial review*, cit., 172: «In order for a core term to be exempt from judicial assessment, it is then necessary for the information provided to the consumer to neutralize, as much as possible, the information asymmetry between him and the seller or supplier».

<sup>206</sup> Causa C-96/14, *Van Hove*, cit., 47, e il commento di S. PAGLIANTINI in *Contratti*, 2015, 758.

<sup>207</sup> *Ivi*, loc. cit. *Adde*: *Kásler*, cit., 74; *Andriuc*, cit., 47.

diverso dalla «slealtà» delle pratiche commerciali<sup>213</sup> «by looking at its effect on the average member of the targeted group, who is not necessarily well-informed and circumspect»<sup>214</sup>.

In quest'ordine di pensieri una risposta ai dubbi sollevati dal controllo di trasparenza fondata sulla buona fede soggettiva (in definitiva sulla diligenza del consumatore medio) non sarebbe appagante. Con un avviso: irrilevanza della diligenza non significa predisporre un *commodus discessus* all'aderente opportunist<sup>215</sup>, nell'illusione che sia un prezzo accettabile da pagare al contrasto dei fallimenti del mercato, per l'evidente ragione che alimentare la sfiducia dal lato dell'offerta di beni e servizi sarebbe un fallimento non meno esiziale e una flagrante sconfessione del *feed-back loop* tra tutela della concorrenza e protezione dei consumatori alla base del controllo giudiziale sulle clausole vessatorie (cfr. Dir. 93-13, *considerando* 6 e 7).

L'insistenza della Corte sulla valenza bilaterale del principio di *fair dealing*<sup>216</sup>, d'altra parte, suggerisce di cercare piuttosto nell'interpretazione secondo buona fede quale «strumento di valutazione globale dei vari interessi in causa» (Dir. 93-13 *considerando* 16) la risposta ai problemi dell'opportunismo. Se la correttezza di tale ipotesi di lavoro fosse confermata, anche il problema del rapporto tra trasparenza e abuso potrebbe essere analizzato in un modo più *context-sensitive*.

Svolgendo il filo di questa riflessione, è possibile ricostruire il controllo del significativo squilibrio come una argomentazione strutturata su due livelli, dove la trasparenza figura dapprima (i) come conclusione di una inferenza che ha come premessa le modalità di redazione (o del processo di formazione) del contratto, quindi (ii) come premessa di una seconda inferenza che ha come conclusione la pretesa di irrilevanza giuridica di una clausola<sup>217</sup>.

(i) Al primo livello, corrispondente alla valutazione di (in)trasparenza (artt. 4(2) e 5, primo per., Dir. 93-13) non si tratta di accertare una proprietà intrinseca e discreta del testo del contratto o del processo di contrattazione, ma di formulare

sulla scorta di dati empirici e argomenti appropriati un giudizio relazionale e qualitativo: che è quanto dire un giudizio *ex fide bona*<sup>218</sup>. Da questo punto di vista la nozione di trasparenza ha indubbiamente raggiunto uno stadio avanzato di autonomia dal diritto comune nazionale<sup>219</sup>: ai materiali tipici delle regole d'inferenza proprie dell'interpretazione contro il predisponente (uso linguistico, modalità di presentazione del testo, accessibilità dei documenti rilevanti, e così via), cui del resto la stessa Direttiva espressamente rinvia<sup>220</sup>, la Corte ha affiancato argomenti costruiti sulla razionalità limitata e sulla situazione sostanziale delle parti, che nel complesso assumono a punto di riferimento un parametro oggettivo di valutazione della condotta del predisponente, chiamato a trattare «in modo leale e equo con la controparte, di cui deve tenere presenti i legittimi interessi» (*considerando* n. 16).

Particolarmente nella proiezione materiale della trasparenza, lo sviluppo di test giurisprudenziali volti a correggere gli effetti dell'opportunismo nella redazione e nella formazione del contratto<sup>221</sup> ha impresso una curvatura relazionale e fiduciaria al rapporto, più o meno intensa in ragione delle caratteristiche strutturali delle transazioni che possono inasprire la vulnerabilità economica e la condizione di dipendenza del consumatore dalla controparte: la complessità economica e giuridica è inversamente proporzionale alla capacità di prendere decisioni ragionevolmente informate e consapevoli<sup>222</sup>; la durata amplifica l'esposizione alle sopravvenienze<sup>223</sup>; la natura e l'oggetto del contratto possono condizionare direttamente o indirettamente l'accesso a beni primari e i livelli di

<sup>218</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede : art. 1366 Cod. civ.*, Pisa, 1970; *Buona fede nel diritto civile*, in *Digesto*, Sez. civ., II, Torino, 1988, 154 ss.; *L'interpretazione : appunti delle lezioni di teoria generale del diritto*. Milano, 1994.

<sup>219</sup> E. POILLOT, *Le contrôle de la transparence matérielle des clauses portant sur l'objet du contrat: une nouvelle arme en matière de lutte contre les clauses abusives*, in *Dalloz*, 2017, 1098, ricollega questo orientamento alla giurisprudenza di *Gutierrez Naranjo* (C-154/15).

<sup>220</sup> Cfr. in particolare *considerando* n. 20, art. 5, secondo per., lett. i) e j) dell'Allegato, Dir. 93-13.

<sup>221</sup> Causa C-26/13; C-260/18, C-186/16 *Andriuciu*. In dottrina, S. Pagliantini, *La trasparenza consumeristica*, 651.

<sup>222</sup> C-96/14, *Van Hove*, 48; C-186/16, *Andriuciu*, 42 ss. Y. M. ATAMER, *Why Judicial Control of Price Terms in Consumer Contract Might Not Always Be The Right Answer – Insights from Behavioural Law and Economics*, *Modern Law Review*, 2017, 624.

<sup>223</sup> Cfr. Causa C-472/10 *Invitel*, pp. 21-23 e Causa C-92/11 *RWE Vertrieb*, 40-55. Sull'influenza di questa giurisprudenza sullo sviluppo del concetto di trasparenza: C. LEONE, *Transparency revisited – on the role of information in the recent case-law of the CJEU*, in *ERCL*, 312.

<sup>213</sup> Alla quale si sovrappone in parte: cfr. C 453/10, *Perenicova*, cit., Conclusioni dell'A.G. V. Trstenjak, ECLI:EU:C:2011:788, 125, a proposito della convergenza della Dir. 2005/29 e dalla Dir. 93/13 nel sistema di protezione dei consumatori.

<sup>214</sup> J. STUYCK, *Consumer Concepts*, cit., 134.

<sup>215</sup> V. MARTUCELLI, *Il canone dell'interpretazione più favorevole al consumatore*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, Napoli, 2008, II, 1018, 1026.

<sup>216</sup> N. REICH, *General Principles*, cit., 200 s.

<sup>217</sup> Le basi, che non è possibile qui illustrare, si leggono in S. TOULMIN, *The Uses of Argument*, Cambridge, 2003.





inclusione sociale<sup>224</sup>. Il risultato, in linea con la rilevanza della «natura dei beni o servizi» nella valutazione dell’abuso (*considerando* n. 18), è la progressiva articolazione del controllo giudiziale per settori economici e la possibilità di graduare la responsabilità all’interno di ciascun settore, anche in relazione a particolari tipologie di clausole<sup>225</sup>. Nonostante la propensione della Corte a separare funzione finanziamento *BtoC* e funzione di investimento<sup>226</sup>, è verosimile ad esempio che la giurisprudenza sugli obblighi sostanziali di trasparenza nei contratti di mutuo denominati in valuta estera rifletta, oltre la debole logica general-preventiva del prospetto introdotto dalla Dir. 2014/17/UE<sup>227</sup>, l’influsso dei più stringenti modelli di tutela degli investitori introdotti dalle direttive Mifid e dal Regolamento PRIIPs<sup>228</sup>. Se questo sviluppo fosse ribadito e rafforzato, la tutela dei consumatori che hanno sottoscritto contratti di mutuo dalle spiccate caratteristiche finanziarie sarebbe sempre più avvinta al paradigma fiduciario della tutela degli investitori *retail*<sup>229</sup>, rovesciando per certi aspetti la parabola della consumerizzazione

degli investitori<sup>230</sup>: in questo segmento del mercato la direzione della tutela procede in effetti in senso opposto – dai (piccoli) investitori ai consumatori – trainata dall’analisi delle *behavioural market failures*<sup>231</sup>.

L’esempio illustra bene il carattere sperimentale e di «opera aperta» del diritto europeo dei contratti<sup>232</sup>: in luogo di un ordinamento per tipi, uniti dal riferimento comune a un concetto, una struttura policentrica e reticolare, che ammette in via di principio l’associazione in via induttiva e analogica di *rationes* e di modelli di decisione appartenenti a settori diversi.

(ii) Al secondo livello dell’argomentazione, l’intrasparenza si converte nella premessa della domanda (o dell’eccezione) di inefficacia della clausola e si tratta di precisare se l’oscurità sia una *species* del «significativo squilibrio», sul modello del § 307, abs. 1 (2) BGB<sup>233</sup>, o una qualificazione autonoma in rapporto di specialità eventuale, nel qual caso sarebbe sempre necessario dimostrare che ha determinato «in contrasto con il requisito della buona fede [...]» l’abuso.

La risposta a questa domanda dipende intimamente dalla valenza, più o meno astratta o concreta, riconosciuta al controllo giudiziale<sup>234</sup>. La ragion d’essere di una valutazione secondo buona fede dell’abusività delle clausole risponde per questo aspetto a un’esigenza di individualizzazione, manifesta già nel collegamento testuale tra «il significativo squilibrio» e i criteri di valutazione dell’abuso: la natura dei beni e servizi, le circostanze che accompagnano la conclusione, le altre clausole del contratto o di un contratto collegato. Se, in altre parole, «abusiva» non è la clausola che determina un «“qualsiasi squilibrio” bensì [...] uno svantaggio significativo in contrasto

<sup>224</sup> C-168/05, *Mostaza Claro*. I. DOMURATH, *The Case for Vulnerability as the Normative Standard in European Consumer Credit and Mortgage Law. An Inquiry into the Paradigms of Consumer Law*, in *Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucher-recht*, 2013, 124.

<sup>225</sup> F. DELLA NEGRA, *Protecting consumers against unfair terms in mortgage contracts: trends and perspectives in the recent case law of the CJEU*, EJCL, 2020, 205; H.W. MICKLITZ, *Some reflections*, cit., 36.

<sup>226</sup> C-312/14, C-312/14, *Banif Plus Bank Zrt. v Márton Lantos, Mártonné Lantos*, ECLI:EU:C:2015:794, 57, 76.

<sup>227</sup> D. MAFFEIS, *Direttiva 2014/17/UE: Rischi di cambio e di tasso e valore della componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, in *BBTC*, 2016, 190; F.L. SCHÄFER, *Wohnimmobilienkreditrichtlinie. Geschichte und Umsetzung im Verbraucherdarlehensrecht*, in *Verbraucher und Recht*, 2014, 207.

<sup>228</sup> F. ZUNZUNEGUI, *Mortgage Credit Misselling of Financial Products*, Study requested by the ECON committee, PE 618.995 (2018). Nella letteratura italiana sui mutui indicizzati: D. MAFFEIS, *Dir. 2014/17/UE: rischi di cambio e di tasso e valore della componente aleatoria nei crediti immobiliari ai consumatori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, 2, 188; A. DALMARTELLO, *Appunti sulla distribuzione di mutui indicizzati a una valuta estera*, in *Riv. Dir. Bancario*, 2017, 1; F. AZZARRI, *I prestiti in valuta estera nella direttiva 2014/17/UE sui contratti di credito ai consumatori relativi a beni immobili residenziali*, cit., 1, 187; S. PAGLIANTINI, *I mutui indicizzati e il mito di un consumatore ‘costituzionalizzato’. La ‘dottrina’ della Corte di Giustizia da Arpad Kasler a Dziubak*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 5, 1258; G. D’AMICO, *La Corte di Giustizia e la vicenda ungherese dei mutui in valuta estera stipulati con un consumatore*, in *I contratti*, 2020, 1, 5.

<sup>229</sup> PERRONE, *Servizi di investimento e regole di comportamento. Dalla trasparenza alla fiducia*, *BBTC*, 2015, 31 ss.

<sup>230</sup> N. MOLONEY, *The Investor Model Underlying the EU’s Investor Protection Regime: Consumers or Investors?* 13 *European Business Organization Law Review*, 2012, 169.

<sup>231</sup> M.G. FAURE e H.A. LUTH, *Behavioural Economics in Unfair Contract Terms. Cautions and Considerations*, in *Journal of Consumer Policy*, 2011, 34, pp. 337-358, spec. 348 ss.

<sup>232</sup> *Supra* e note.

<sup>233</sup> A. FUCHS, § 307, cit. Nella dottrina italiana, nell’immediatezza dell’attuazione della direttiva: A. DOLMETTA, *Dal testo unico in materia bancaria e creditizia alla normativa sulle clausole abusive*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, a cura di A. Castronovo, A. Albanese e Milano, 1995, 1444, 1470 s.; G. CIAN, *Il nuovo Capo XIV bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile*, in *Studium iuris*, 1996 419. A valle della giurisprudenza *Kasler*, la lettura è riproposta da M. DELLA CASA, *Judicial Review*, cit., 173 s. *Contra*, sul presupposto che la riduzione dell’intrasparenza all’abusività trasforma il significativo squilibrio in un controllo sulla formazione del consenso: S. PAGLIANTINI, *La trasparenza consumeristica*, cit., 657 s.

<sup>234</sup> H.W. MICKLITZ, *Some reflections*, cit., 32.

col principio di buona fede»<sup>235</sup>, allora le ragioni pertinenti a una nozione (parzialmente, trattandosi di accertamento riservato al giudice nazionale) autonoma di buona fede sono quelle, tipicamente oggettive, indicate in via generale dall'art. 4 (1) Dir. 93-13.

L'estensione delle circostanze rilevanti oltre il limite della situazione comune alle parti, in particolare, segna una soluzione di continuità rispetto al modello di *ratio contractus* proprio dell'interpretazione soggettiva e apre uno spazio per l'elaborazione di *rationes* – con Max Weber diremmo «forme logiche» – nuove. Di questo spazio la giurisprudenza della Corte si è in effetti efficacemente avvalsa al fine di ricondurre alle «circostanze» il contesto nel senso più ampio delle transazioni – giuridico, economico, sociale – nella misura in cui si riflette sull'esecuzione del rapporto<sup>236</sup>. Se il rinvio alle circostanze nelle leggi risponde a un'istanza di «collegamento [dell'atto] con le cose che *quae circum stant*, ossia [...] il resto del mondo e della storia»<sup>237</sup>, interpretare i contratti *BtoC* non significa più «ricostruire l'ordine migliore in un mondo chiuso»<sup>238</sup>.

Dalla lettura della buona fede quale istanza di contestualizzazione del controllo giudiziale segue che l'oscurità non dovrebbe surrogare – nella cornice, s'intende, di un'armonizzazione minima (art. 8 Dir. 93-13) – l'accertamento in concreto di un «significativo squilibrio» alla luce dei criteri indicati dall'art. 4(1). All'obiezione per cui in tal modo la tutela sarebbe condizionata a una difficile (e tardiva) ricostruzione del contesto economico della transazione<sup>239</sup>, si può replicare che scindere la valutazione di una variabile del rapporto – tale è la trasparenza – dal contesto economico e giuridico indebolisce le basi razionali dell'accertamento e riduce il controllo processuale sulle clausole abusive a un «fantasma»<sup>240</sup>. La risposta adeguata ai limiti intrinseci del controllo giudiziale appartiene all'architettura istituzionale del diritto dei consumi: al coordinamento tra tutela amministrativa e tutela giurisdizionale<sup>241</sup> e alla valorizzazione del ruolo

delle associazioni di professionisti e consumatori in funzione di negoziatori di accordi collettivi e «organized control intermediaries»<sup>242</sup>.

Le stesse ragioni dissuadono, a ben vedere, da un'adesione incondizionata alla tesi opposta. Se la «mancanza di trasparenza» è una variabile, un concetto di relazione che nelle controversie sui contratti tra professionisti e consumatori serve da premessa della declaratoria di inefficacia o (in subordine) della selezione dell'effetto di una clausola più favorevole al consumatore (*supra*, § 5), il valore specifico che le è attribuito dipende dalle regole e dalle ragioni che la sostengono. Sarebbe in altre parole irragionevole, oltre che scorretto alla luce del diritto comune, trattare il dubbio determinato da un'ambiguità (lessicale, sintattica, funzionale) alla stessa stregua del dubbio determinato dalla vaghezza o dall'oscurità di una clausola, o di un collegamento tra clausole, che impedisca di determinare la causa (ad es. di finanziamento o investimento) o l'oggetto (ad es. della copertura assicurativa) del contratto. La razionale implicazione tra circostanze giuridiche e fattuali, funzione dell'atto, garanzia delle condizioni minime di significanza racchiuse nella causa e nelle qualificazioni dell'oggetto del contratto risponde a un requisito minimo di intelligibilità necessaria per *fare cose con le regole* in una comunità di diritto<sup>243</sup>. Anche oltre l'incerto confine degli *essentialia negotii*, del resto, sarebbe irragionevole equiparare l'ambiguità della stipulazione degli interessi moratori, della caparra confirmatoria, del diritto di recesso del consumatore a una situazione di radicale indeterminatezza delle relative stipulazioni. In breve: nelle ipotesi di vaghezza e oscurità del contratto, dipendenti da un *drafting* carente o eccessivamente complesso, la mancanza di trasparenza può bene integrare la ragione sufficiente per presumere un abuso<sup>244</sup>, indipendentemente dalla natura principale o accessoria della clausola.

Tale soluzione non implica la conversione del controllo sulle clausole essenziali da oggettivo in soggettivo – dall'accertamento del «significativo squilibrio» alla tutela del diritto di

<sup>235</sup> S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole*, cit., 315.

<sup>236</sup> C-186/16, *Andriciuc*, 54-56.

<sup>237</sup> Nelle parole peraltro di un grande volontarista della prima metà del secolo passato: F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, 307 s.

<sup>238</sup> A. GENTILI, *Senso*, cit. II, 485; I, 264.

<sup>239</sup> M. DELLA CASA, *Judicial Review*, cit., 173 s.

<sup>240</sup> H.W. MICKLITZ, *Some considerations*, cit., 29 s.; Id., *Politics*, 131 ss.

<sup>241</sup> F. CAFAGGI, *On the transformations of European consumer enforcement law: judicial and administrative dialogues, instruments and effects*, in *Judicial cooperation*, a cura di F. Cafaggi e S. Law, cit., 223; Id., *The Great Transformation: Administrative and Judicial Enforcement in Consumer Protection: A Remedial Perspective*, 2009, 21, *Loyola*

*Consumer Law Review*, 496. Sul controllo amministrativo delle clausole vessatorie nell'ordinamento italiano (art. 37-bis Codice di consumo): E. MINERVINI, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 563 ss.; BATTELLI, *Il controllo amministrativo delle clausole inique*, in *Europa e dir. privato*, 2012, 1093 ss. E già G. ALPA, *Il controllo amministrativo delle clausole abusive*, in *Contratti*, 1995, 469.

<sup>242</sup> S. GRUNDMANN, *A Modern Standard Contract Terms Law*, cit., 170 s., 173.

<sup>243</sup> W. TWININGS E D. MIERS, *How to do things with rules*, London, 1999<sup>4</sup>.

<sup>244</sup> M. DELLA CASA, op. et loc. cit.





autodeterminazione dell'aderente<sup>245</sup> – a condizione di riconoscere nella manifestazione di autonomia una delle fonti della norma individuale espressa dal dispositivo della sentenza. Da questo punto di vista, che è poi quello del giudice nazionale chiamato a valutare quali presupposti, ulteriori rispetto alle condizioni generali e *a priori* di rilevanza devono sussistere affinché un contratto sia posto alla base di una decisione secondo *diritto*, la trasparenza è condizione di legittimità dell'esercizio dei poteri regolatori privati. Prima che garanzia di comprensibilità e prevedibilità soggettiva, il valore della trasparenza è nella oggettiva garanzia del controllo pubblico sulla predisposizione contrattuale *BtoC*.

### 10. L'interpretazione secondo buona fede nel diritto europeo dei contratti.

Nel capitolo finale dello studio dedicato ai principi del diritto civile europeo Norbert Reich osserva, con la consueta garbata ironia, che la buona fede è ancora soltanto «half a general principle» del diritto privato europeo<sup>246</sup>. Se le considerazioni che precedono sono in qualche misura fondate quel giudizio potrebbe essere in parte riconsiderato: nella Direttiva sugli *unfair contracts terms* c'è una nozione parzialmente autonoma di interpretazione secondo buona fede del contratto, contenuta nel raccordo tra i criteri per l'accertamento di un significativo squilibrio e il giudizio di trasparenza.

Il senso della buona fede europea è bene illustrato a mio avviso da un notissimo passaggio di *Kásler*, dove il «dubbio» rilevante è riferito al «meccanismo» di funzionamento del contratto. La Corte allude evidentemente alle clausole di indicizzazione del mutuo, oggetto della questione pregiudiziale sollevata dalla *Kúria* ungherese, ma l'immaginario del meccanicismo si presta felicemente al gioco della metafora. Quando una macchina non funziona, o funziona male, capire quel che non ha funzionato e perché, se si può riparare e come, è più importante che non accertare l'uso immaginato dall'utilizzatore al momento dell'acquisto. Analogamente, nel controllo della predisposizione contrattuale si tratta d'intervenire per riparare un *prodotto normativo difettoso*, con lo sguardo agli effetti sistemici di medio e lungo periodo<sup>247</sup>. La copertura argomentativa di un tale

intervento è garantita, per quel che riguarda l'accertamento del «significativo squilibrio», dalla clausola generale di buona fede, a condizione naturalmente che per essa s'intenda qualcosa di diverso dal significato che un soggetto ragionevole, previdente, informato avrebbe dovuto attribuire al contratto – «in un'orgia di *aurea mediocritas*»<sup>248</sup> – per l'evidente ragione che la diligenza non restituisce un criterio attendibile di decisione là dove non si tratta di intendere la regola così come avrebbe dovuto intenderla il «buon» consumatore, ma proprio di *trovare* una regola di decisione alternativa a quella, inadeguata, che assume l'efficacia del contratto. Nel qual caso, il senso della buona fede come principio generale del diritto europeo verrebbe in ultima analisi a coincidere con quello di uno strumento di interpretazione evolutiva: « [...] se è vero che un problema di ermeneutica si pone sia con riguardo alla legge che al contratto ed in termini, tramite strumenti e con esiti affatto analoghi»<sup>249</sup>.

<sup>245</sup> S. PAGLIANTINI, *La trasparenza consumeristica tra "dottrina" della Corte ed equivoci interpretativi*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 652.

<sup>246</sup> N. REICH, *General principles*, cit., 212.

<sup>247</sup> Cfr. il riferimento in *Andriuc* (C-186/16) alla Raccomandazione del comitato europeo per il rischio

sistemico (2011) in merito ai mutui indicizzati in valuta estera. V. S. ISSACHAROFF e I. J. SAMUEL, *The Institutional Dimension of Consumer Protection*, in *New Frontiers of Consumer Protection: Combining Private and Public Enforcement*, a cura di F. Cafaggi e H. W. Micklitz, Antwerp, 2009, 4.

<sup>248</sup> L. BIGLIAZZI GERI, *La buona fede nel diritto privato (spunti ricostruttivi)*, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, 53, 56 (ora in *Rapporti giuridici e dinamiche sociali. Principi, norme, interessi emergenti. Scritti giuridici*, Milano, 1998, 231).

<sup>249</sup> EAD., *L'interpretazione del contratto*, cit., 11 s.