

LA NULLITA' DI PROTEZIONE TRA RILEVABILITA' D'UFFICIO E CON- VALIDA

Di Stefano Pagliantini

SOMMARIO 1. Introduzione. – 2. I paradossi francesi dell'ordine pubblico di protezione: prove tecniche per un epitaffio (italiano) della figura. - 3. Il parametro della tutela effettiva del consumatore, in luogo dell'ordine pubblico, nella giurisprudenza della CGE. - 4. La rivincita (isolata) dell'ordine pubblico nella sentenza *Mostaza Claro*: disamina critica. – 5. Rilevabilità *ope iudicis* e convalida (della nullità di protezione) ? – 6. Segue: giudizio di vessatorietà ed interesse alla convalida. – 7. La convalida nella logica del combinato disposto degli artt. 34, 4 co. e 36, 2 co., c. cons. – 8. Due letture non molto ortodosse: a) la distinzione comunitaria tra obbligo d'accertamento d'ufficio e conseguenza di tale accertamento; b) le clausole vessatorie come clausole non scritte.

1. Introduzione

Il nuovo articolo L. 141 -4 del *code de la consommation* stabilisce che il giudice «peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application». Il testo è stato introdotto dall'art. 34 della legge 2008-3, detta *loi Chatel*, intitolata al «développement de la concurrence au service des consommateurs».

La novellazione, nel panorama dottrinale italiano, è passata inosservata perché, vien fatto di pensare, il terzo comma dell'art. 36 c. cons., già dalla sua

prima formulazione (art. 1469-*quinquies*, 3 co., c.c.), ha ammesso lapidariamente che l'inefficacia/nullità delle clausole vessatorie può essere rilevata d'ufficio dal giudice. Se non fosse che, manco nel contesto italiano, si può dire che tutto quadri: la rilevabilità *ope iudicis* di nullità etichettate come di protezione talvolta è disposta (artt. 67 *octiesdecies*, 1 co. e 134, 1 co., c. cons.), più spesso invece è taciuta (art. 127, 2 co., TUB; artt. 23, 1 co.,





24, 2 co. e 30, 7 co., TUF)¹. Di qui l'inevitabile profilarsi di un problema. Di non facile soluzione.

C'è poi un secondo dato, meritevole d'attenzione, che non sempre affiora nelle discussioni degli interpreti italiani: dopo il *leading case Océano Grupo Editorial* (cause riunite C- 240/98 e C- 244/98), che ne ha inaugurato la giurisprudenza, sono ben quattro le sentenze che la Corte di giustizia ha emesso per dirimere la questione sui poteri del giudice in caso d'infrazione a disposizioni originate da direttive consumeriste. E questo senza contare i *dicta* ove la questione suindicata è trattata di passata (ovvero in *obiter*) e a tacere, contemporaneamente, sul capitolo delle questioni pregiudiziali ancora pendenti. Segno di una vischiosità concettuale del problema al cui conio non è estraneo, per la verità, lo stesso legislatore comunitario: se è vero che pure la proposta di direttiva sui diritti dei consumatori –art. 37-, dopo aver ribadito che le clausole contrattuali abusive non sono vincolanti per il consumatore, è muta sulla rilevanza officiosa e su quanto le è di più ancillare. A cominciare, giova subito anticiparlo, dalla configurabilità del potere d'accertamento d'ufficio come una facoltà ovvero nei termini di un obbligo². Di qui l'esigenza di un approfondimento ermeneutico che non può essere, però, solo domestico³: dallo spoglio del formante comunitario e francese emerge infatti che almeno quattro, seppur a diverso titolo, sono le interpretazioni utili che si possono abbinare, in termini di rilevanza *ope iudicis*, al sintagma ondivago nullità di protezione. Ciascuna, come subito s'avrà modo di apprezzare, col proprio armamentario concettuale di complemento, che può essere sì più o meno ragionevole, ma in nessun caso spendibile obliquamente. Che è, invece, proprio quanto sovente avviene nell'ottica di un *brouillage* di argomenti e termini che, quando non giungono a disorientare l'interprete, comunque mal si amalgamano tra loro.

2. I paradossi francesi dell'ordine pubblico di protezione: prove tecniche per un epitaffio (italiano) della figura.

La prima lettura, stipulativamente riassumibile come quella d'una irriducibile inconciliabilità tra nullità di protezione e rilevanza d'ufficio, serpeggia da sempre nelle pagine della migliore dottrina⁴: senza però che, con la stessa metodicità, si abbia avuto cura di disvelare l'autentico paradosso che si annida nel concetto –di complemento- d'ordine pubblico di protezione. Che –si badi- è figura senza dubbio suggestiva ma passibile d'un *bouleversement* o, e forse meglio, d'uno sviamento che è ben impresso nel (passato?) motivare della *Cour de cassation* francese.

Il sillogismo, in effetti, è stringente: se le regole del *code de la consommation*, questo per anni ha statuito l'Alta Corte⁵, sono tutte d'ordine pubblico di protezione e la loro violazione è assistita da una *nullité relative*, ovvero ad esercizio riservato al soggetto che quelle disposizioni tutelano, al giudice non compete rilevare d'ufficio la *méconnaissance* della *littera legis* evasa. Che a venire in rilievo siano poi le disposizioni degli artt. L. 311- 20, sulla disciplina del credito al consumo, od altre consimili in quanto dettate nel solo interesse del consumatore. Non a caso, onde ovviare all'*impasse* prodottosi, il *refrain* argomentativo addotto in alternativa è sempre ruotato intorno all'intendere il *corpus* della direttiva 87/102, di cui le disposizioni citate sono più o meno emanazione diretta, come perseguita scopi più ampi della tutela consumerista, in termini d'organizzazione, secondo regole di trasparenza e concorrenzialità, d'un mercato comune del credito⁶. Con però, non v'è chi non lo veda, il conseguente trapasso delle disposizioni citate nell'alveo di un altro ordine pubblico: quello di direzione.

Ora –a mo' di primo contrappunto critico- la circostanza che una giurisprudenza di tal fatta s'attiri una replica istintiva è notorio. A chiunque vien facile infatti obiettare che il ragionamento opposto –

¹ V., in luogo di tanti, M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, IV (Rimedi -I, a cura di A. Gentili), Milano, 2006, p. 155 ss.

² Su cui si vedano le recentissime –portano la data del 14 maggio 2009- *Conclusioni* dell'Avvocato Generale V. Trstenjak nel caso *Asturcom Telecomunicaciones S. L. c. Rodriguez Nogueira* (C - 40/08). In special modo merita attenzione il § 78 per l'inciso che un ragionare in termini di facoltà e non di obbligo «terrebbe... a malapena conto del fatto che al centro delle considerazioni [c'è] l'obiettivo di tutela dei consumatori perseguito dalla direttiva 93/13» (corsivo aggiunto).

³ Così, come indicazione di metodo generale, G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2008, p. 21 ss. e G. D'AMICO, *Variazioni sulla nullità*, p. 23 ss. (del manoscritto che si è potuto consultare per la cortesia dell'autore).

⁴ V., in luogo di tanti, G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995, p. 176 ss.

⁵ Così, citando solo i *dicta* essenziali, Cass. Ire civ., 15 febbraio 2000, in *D.*, 2000, *AJ* p. 275, *Obs.* C. RONDEY; 10 luglio 2002, *ivi*, 2003, *Jur.*, p. 549 (con nota di O. GOUT,); 18 dicembre 2002, in *RDC*, 2003, p. 86 (*Obs.* D. FENOUILLET); 4 dicembre 2003, in *JCP G*, 2004, IV, p. 1202; 16 marzo 2004, *ivi*, 2004, *Jur.*, p. 947, *Obs.* V. AVENA – ROBARDET. In dottrina v., in special modo, X. LAGARDE, *Office du juge et ordre public de protection*, in *JCP*, 2001, I, p. 312 ss.

⁶ E' lo stringente periodare, *ex multis*, di F. CANUT, *Le relevé d'office de moyens d'ordre public de protection*, in *D.*, 2007, *Chron.*, p. 2257 ss. e P. Y. GAUTIER, *De l'impossibilité supposée pour le juge de soulever d'office un moyen de nullité ou de réparation favorable à la partie faible*, in *RDC*, 2004, p. 1137 ss.

cioè una nullità di protezione comunque rilevabile d'ufficio- *prima facie* regge se si ha cura di inserire nell'intelaiatura dell'ordine pubblico di protezione alcuni distinguo: suggerendo ad es. che una constatazione *ope iudicis* incontri senz'altro il limite della domanda contraria della parte protetta oppure immaginando una rilevabilità che accoglie il *petitum* del consumatore, quand'anche la sua *causa petendi* sia diversa⁷, ove risulti il solo modo per non farlo soccombere. E se poi il discorso non dovesse comunque ancora persuadere c'è sempre la *fictionis iuris*, *bonne à tout faire*, di un ordine pubblico comunitario costitutivamente antifibologico, tale perché connotato dal doppio obiettivo di garantire effettività di tutela giurisdizionale (al consumatore) e livelli ottimali di concorrenzialità (al mercato comune).

Già –replica altrettanto istintiva- se non fosse vero che i tre tentativi descritti, proprio in quanto (raffinati) stratagemmi intellettuali, poco in realtà risolvono, il vero pregio (inconsapevole) ch'essi hanno consistendo semmai nell'asseverare l'intrinseca *faiblesse* del concetto stesso d'ordine pubblico protettivo.

Pur con tutti gli adattamenti epistemologici che si voglia fare, questa categoria culta mostra infatti delle evidenti impurità tecniche: ed il parlare, proprio a commento dell'art. L. 141 -4 c. *consumm.* e con formule che son tutte stilisticamente efficaci,

-di un *office renforcé du juge* che tende a *gommer* la tradizionale distinzione binaria (perché arcaica ed artificiale)⁸; oppure

-di un nuovo ordine pubblico qualificabile come *consumériste o particulier*; ovvero

-di un tramonto dell'ordine pubblico protettivo declassato, nelle massime ove ancora retoricamente figura, a τόπος nominalistico (un *ordre public*, come si dice, *en peau de lapin*) rilevante alla stregua di un *obiter dictum*⁹,

⁷ Così, rispettivamente, E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, IV (Rimedi - I, a cura di A. Gentili), cit. p. 574 s. e V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 844. Successivamente, con un periodare contiguo o identico, G. PASSAGNOLI, *Commento agli artt. 36, commi 1, 3, 4, 5 e 38, in Codice del consumo*, Commentario a cura di G. Vettori, Padova, 2006, p. 386 e M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit. p. 86 s.

⁸ E' l'avviso di G. RAYMOND, *Obs.*, in *CCC*, 2007, n. 310.

⁹ Mostrano di prediligere questo argomentare E. POILLOT – N. SAUPHANOR – BROUILLAUD, *Droit de la consommation*, D., 2009, p. 394 (per la prima espressione), D. MAZEAUD, *Ordre public et aménagement de la prescription*, in *Les désordres de la prescription*, Paris, 2008, p. 94 (per la seconda) e, quanto alla terza, sulla scorta d'una pluralità di *rationes* argomentative, H. CLARET, *Crédit à la consommation: quelques précisions apportées par la Cour de justice des Communautés européennes*, in D., 2008, p. 460 (ivi il rilievo di una distinzione *affaiblie* e «*remise en cause*»); D. LEGEAIS, *Obs.*, in *RTD com.*, 2008, p.

ha il pregio di farlo risaltare: più e meglio, in ogni caso, d'ogni periodare che preferisse insistere su varianti lessicali del tipo ordine pubblico di protezione rinforzato o, in una logica consimile, di ordine pubblico relativo.

3. Il parametro della tutela effettiva del consumatore, in luogo dell'ordine pubblico, nella giurisprudenza della CGE.

Per di più c'è almeno un altro dato che merita di venir ben inteso.

Checché se ne dica, infatti, il periodare poc'anzi criticato non ricalca né riprende quello che ha scandito l'intervento della CGE in tema di clausole abusive: almeno stando ai quattro più noti *dicta* – *Océano Grupo Editorial* (cause riunite C- 240/98 e C- 244/98), *Cofidis* (C- 473/00), *Ynos Kft* (C- 302/04) e *Rampion* (C- 429/05)¹⁰ – ove la questione della rilevabilità *ope iudicis* è stata compulsata *per extenso*.

Il percorso argomentativo della Corte – costituendo un tutt'uno lo si può pianamente sunteggiare in tre proposizioni consequenziali- segue infatti un'altra logica.

Stante l'esiguità economica della causa rispetto al (maggior) costo delle spese legali, è indubbio – questa la premessa dalla quale si dipana tutto il ragionamento- che qualsiasi consumatore può venire dissuaso dall'agire per opporsi all'applicazione di una clausola vessatoria. Ora –secondo rilievo- siccome la finalità perseguita dall'art. 6 della direttiva 93/13 è che le clausole abusive non vincolino i consumatori, va da sé che siffatto scopo verrebbe disatteso ove costoro fossero tenuti a contestare un'illiceità (che, per di più, può persino essergli sconosciuta). Di qui –chiusa del ragionamento- la statuizione di una rilevabilità che si presenta come una facoltà riconosciuta al giudice nazionale

403 e V. AVENA - ROBARDET, *Crédit à la consommation: l'office du juge retrouvé*, in D., 2009, p. 365.

¹⁰ Una piccola avvertenza. I commenti italiani a questi *dicta* (fatta eccezione, riguardo al caso *Océano*, per la nota di A. ORESTANO, *Rilevabilità d'ufficio della vessatorietà delle clausole*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 1179 ss. e, rispetto al caso *Mostaza Claro*, per le considerazioni di F. PASTORELLI, *Rilevabilità della nullità della clausola compromissoria in sede di impugnazione del lodo*, in *Danno e resp.*, 2007, p. 877 ss.) non trattano *ex professo* il tema della rilevabilità officiosa o lo fanno solo *incidenter*. Nutrita, invece, è la letteratura straniera, della quale si vedano –almeno- E. POILLOT – N. SAUPHANOR – BROUILLAUD, *Droit de la consommation*, cit. p. 400 s.; C. NOURISSAT, *Droit communautaire et forclusion biennale: l'étrange effet utile de l'esprit de la directive "clauses abusives" !*, in D., *Jur.*, 2003, p. 486 ss; D. LEGEAIS, *Obs.*, in *RTD com.*, 2003, p. 345 ss.; J. RAYNARD, *Obs.*, in *RTD civ.*, 2000, p. 939 ss.: cui sono poi da aggiungere molti degli scritti citati nelle note successive.

d'applicare d'ufficio, senza dover ottemperare a preclusioni originate dalla scadenza di un eventuale termine di decadenza, le disposizioni trasponenti, nel diritto interno, ora la direttiva 93/13 (*Océano Grupo Editorial*, §§§ 25, 27, 28 e *Cofidis*, § 32) ora quella 87/102 (*Rampion*).

E' un ragionamento, non v'è chi non lo veda, di stampo pragmatico –*rectius* di argomentazione orientata alle conseguenze- e, in special modo, tutto incentrato sull'effettività della tutela giurisdizionale del consumatore. E' un ragionamento soprattutto che, vertendo essenzialmente sul fatto della sproporzione (tra valore della causa ed oneri legali dovuti) e l'inadeguatezza (di una diretta autotutela processuale, ove consentita) non ha nulla a che spartire con la *vexata quaestio* se a venire in gioco sia un problema di (puro) ordine pubblico di protezione o d'altrettanto spiccato ordine pubblico di direzione. Il passo –nella sentenza *Rampion*- ove si dice che la rilevabilità d'ufficio, dell'interdipendenza tra il contratto di credito e quello di fornitura di beni o servizi pur in assenza di un'espressa menzione¹¹, è *a fortiori* necessaria – giacché se il consumatore acquista a credito è per il fatto di aver risorse finanziarie limitate, donde il (maggior) rischio «che le spese inerenti all'assistenza legale lo inducano a rinunciare alla difesa»¹²- è sintomaticamente emblematico di *cosa* la Corte voglia dire (e di *come* intenda sostenerlo).

Ora, un siffatto motivare può convincere o meno¹³, ma sicuramente è escluso, pena una sua indebita torsione, che lo si possa declinare nel senso di suffragare una rilevabilità officiosa condizionata, *quale connotato tipico della nullità (relativa) di protezione*, in quanto esclusa per il caso ch'essa si traduca in uno svantaggio per il consumatore. Che può essere pur vero, ma quale opzione legislativa municipale: non europea¹⁴. Nell'economia delle

sentenze citate, un siffatto assunto, pure ad ammettere che implicitamente vi figurì, null'altro per vero costituisce che la motivazione aggiuntiva di una *ratio decidendi* «unicamente imperniat[a]», come si legge, sul censimento delle «circostanze atte a dissuadere il consumatore dal difendere in modo adeguato, per via giudiziale, la posizione giuridica che la direttiva 93/13 ha inteso conferirgli»¹⁵. Nell'intento –correlato- di disincentivare la prassi dell'inserimento di clausole vessatorie nei contratti *b2c* (il cd. effetto dissuasivo). E, va da sé, da una statuizione relativa al *perché* rilevare si può dedurre significativamente l'(incontestabile) irricevibilità d'ogni tecnica legislativa che affidi l'espunzione della clausola ad un'impugnativa utilmente esperita (leggi l'annullabilità)¹⁶, non anche *fino a quando* (sottinteso: è consentito farlo).

4. La rivincita (isolata) dell'ordine pubblico nella sentenza *Mostaza Claro*: disamina critica.

Il che offre lo spunto per esaminare il terzo (possibile) modo di intendere la rilevabilità, non più in chiave di facoltà ma nei termini –è stato detto¹⁷- di un giudice nazionale *obbligato* a sindacare l'abusività di una o più pattuizioni. E' il dispositivo del caso *Mostaza Claro c. Centro Mòvil Milenium sl* (C – 168/05) ove, nel caso di un giudice chiamato a statuire sull'impugnabilità di un lodo arbitrale, la rilevabilità ha finito per riguardare persino la nullità dell'accordo arbitrale (e del relativo lodo) sebbene il consumatore non avesse ecepito la vessatorietà

faux amis: le système des nullités dans les codes civils italiens, in *La théorie des nullités*, a cura di M. Boudot – P. M. Vecchi, LGDJ, 2008, p. 109).

¹¹ Cfr. sentenza *Rampion*, §. In dottrina v. G. RAYMOND, *Obs.*, in CCC 2007, n. 310.

¹² Salvo a voler immaginare la figura spuria di un'annullabilità rilevabile d'ufficio. Quanto sia controvertibile il regime dell'annullabilità in senso proprio lo si evince dalle domande pendenti *VB Pénzügyi Lizing Zrt.* (C- 137/08) e *Pannon GSM Zrt.* (C- 243/08). Gli è che, già sulla scorta delle conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano (§§ 72 – 75), si è espressa una decisa contrarietà ad una normativa nazionale (ad es. l'ungherese) che subordini il caducarsi della clausola vessatoria ad una espressa impugnativa del consumatore. Se nel caso *Ynos Kft c. János Varga* (C – 302/04, cit.) la questione non è stata definita *ex professo* è dipeso solo dalla circostanza che i fatti erano precedenti l'adesione dell'Ungheria all'Unione europea.

¹³ Lo fanno rilevare, con un periodo che ha i tratti di una neanche troppo malcelata critica, J. MESTRE – B. FAGES, *Obs.*, in *RTD civ.*, 2007, p. 113; L. IDOT, *Obs.*, in *Revue de l'arbitrage*, 2007, p. 116; C. NOURISSAT, *Stipulation d'une clause compromissoire et droit communautaire. Un nouvel horizon !*, in *Rev. Lamy droit des affaires*, 2007, pp. 55 – 58 e E. POILLOT – N. SAUPHANOR – BROUILLAUD, *Droit de la consommation*, cit. p. 401.

¹¹ Sulla problematica, che esula dall'obbiettivo di questo studio, della risoluzione del contratto di finanziamento collegato ad un primo contratto dispositivo di beni o servizi (ove si materializzi il recesso del consumatore) v., in special modo, C. LEGGIERI, *Il diritto del consumatore ad agire contro il creditore anche nel caso in cui l'offerta di credito non rechi menzione del bene (o della prestazione di servizi) finanziato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 207 ss. e G. CARRIERO, *Credito al consumo e inadempimento del venditore*, in *Foro it.*, 2007, IV, c. 590 ss.

¹² V. §§§ 99 – 101 e § 105 s. delle conclusioni dell'Avv. Gen. Mengozzi, cui *adde*, da ultimo, V. TRSTENJAK, *Conclusioni dell'Avvocato Generale nella Causa C-227/08*, § 84.

¹³ Esprime forti riserve, ad es., tanto da discorrere di una motivazione ideologica C. NOURISSAT, *Droit communautaire et conclusion biennale: l'étrange effet utile de l'esprit de la directive "clauses abusives" !*, cit. p. 486. Di altro avviso V. AVENA – ROBARDET, *ivi*, 2002, *AJ*, p. 3339 e M. LUBY, *Obs.*, in *RTD com.*, 2003, p. 410 s.

¹⁴ Solo con una specificazione del genere si può condividere il rilievo secondo cui le nullità sono in procinto di trasformarsi in nullità protettive (così P. M. VECCHI, *Categories juridiques et*

di fronte agli arbitri¹⁸. Con tutte le implicazioni, è intuitivo, che ne derivano sull'inammissibilità di una convalida o d'una conseguente sanatoria onde evitar che si consolidi la «situazione d'inferiorità¹⁹» *seu* di squilibrio del consumatore.

Vuol forse questo dire che davvero si verte, allora, in tema di diritti *hic et nunc* indisponibili (art. 143, 1 co., c. cons.)²⁰ Perché, è vero che tra il motivare della Corte e le conclusioni dell'avvocato generale c'è un netto scarto: ma la circostanza –si noti- che il § 31 della motivazione parli di un «sistema di tutela speciale» che, «risulterebbe in definitiva compromesso», lascia propendere per l'idea che questa sentenza *aggiorni* –più che asseverare- l'impianto argomentativo della giurisprudenza comunitaria.

Se due, infatti, sono in apparenza le ragioni del deciso –il consueto principio di equivalenza e (l'altrettanto usuale) canone di effettività della tutela giurisdizionale- sull'articolato s'innesta poi – seppur più, come avvertito, nelle conclusioni comunque conformi dell'Avvocato Generale²¹- la considerazione (nuova) del contrasto della clausola compromissoria abusiva (e del relativo lodo) con l'*ordine pubblico processuale comunitario*, in termini di grave lesione al *diritto di difesa* del consumatore; che, nello sviluppo logico di questo argomentare, è soggetto incapace, vuoi per ignoranza o per il timore di dover sopportare, rifiutata o fatta dichiarare nulla la clausola arbitrale, le spese connesse «ad una azione davanti all'autorità giudiziaria ordinaria». Quindi, a voler condensare tutto in una formula compendiosa, nullità del lodo –secondo la Corte- per contrarietà sì all'ordine pubblico processuale: ma non previo accertamento d'una attuale e consumata lesione del diritto di difesa, bensì sulla scorta di una presunzione *iuris et de iure* di debolezza (di costui). Né –si badi- il discorso cambia

¹⁸ Per un diffuso commento del *dictum* –consultabile pure in *Foro it.*, 2007, IV, c. 373 ss., con nota anepigrafa di M. CASORIA– v. E. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c. p. c.*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 673 ss. La fattispecie originante la vicenda constava di un contratto di utenza telefonica con durata minima seguito da un recesso anticipato del consumatore.

¹⁹ Così § 59 delle Conclusioni dell'Avv. Generale Tizzano.

²⁰ Su cui, per una meditata riflessione critica, v. S. MONTICELLI, *L'indisponibilità dei diritti attribuiti al consumatore dal codice del consumo e la nullità dei patti: fondamento e limiti*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, Milano, 2008, II, p. 1814 ss. e G. DE CRISTOFARO, *Le disposizioni "generali" e "finali" del Codice del Consumo: profili problematici*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, p. 554.

²¹ Che ha modo di definire «più persuasive della pronuncia» G. ALPA, *Le clausole arbitrali nei contratti del consumatore*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 619. Il richiamo al diritto di difesa ritorna per altro, e non in modo episodico, nelle Conclusioni dell'Avvocato Generale V. TRSTENJAK nel caso *Asturcom Telecomunicaciones S. L. c. Rodriguez Nogueira* (C – 40/08), cit. § 61.

granché se si prova a leggere la sentenza nel senso ch'essa espliciti il principio secondo cui l'abusività di una clausola compromissoria non si può dire sanata *per il solo fatto* che il consumatore non abbia eccepito la (sua) nullità di fronte al collegio arbitrale²². Perché, il convenire su di un'interpretazione di tal fatta, postula comunque che si riconosca esistente un'eccezione, *d'esclusiva pertinenza del consumatore*²³, alla regola che vuole una mancata contestazione sinonimo di rinuncia implicita ad invocare la nullità. Eccezione (comunitaria) *per tabulas* che riscriverebbe comunque la diversa disciplina dell'art. 817, 2 co., c. p. c., nel segno d'un «*arbitrage en liberté surveillée*»²⁴.

Ebbene, che dire? Perché, di sicuro, non c'è poco da osservare e, a ogni buon conto, tutto quel che va detto è di sicuro significato.

Tanto per cominciare, la nullità del lodo quale effetto derivato della nullità della clausola arbitrale.

Quale che sia infatti l'interpretazione preferibile dell'art. 33, lett. t) c. cons.²⁵, la si può per vero ammettere ma a condizione di sostenere:

²² Di *position audacieuse* parlano T. CLAY, *Obs.*, in *D.*, 2006, *Pan.*, p. 3028 e L. D'AVOUT –S. BOLLÉE, *ivi*, 2007, *Pan.*, p. 2562.

²³ Come, con concisa efficacia, fa notare E. F. R., *Clausola compromissoria "vessatoria" e impugnazione del lodo*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1086 s.

²⁴ Così, incisivamente, P. THERY, *Obs.*, in *RTD civ.*, 2007, p. 633. A tacer –sia detto per inciso- dell'(incerta) decifrazione di quali dovrebbero esser poi le circostanze concrete –taciute completamente in motivazione- idonee a far giudicare invece ammissibile una convalida (in quanto derivato –è logico presumere- di una rinuncia legittimamente manifestata). Per l'influenza che sulla pronuncia può aver avuto il caso *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV* (C-126/99), in *Foro it.*, 1999, IV, c. 470 ss. (sull'impugnazione di un lodo arbitrale per violazione dell'art. 81 CE), v. F. PASTORELLI, *Rilevabilità della nullità della clausola compromissoria in sede di impugnazione del lodo*, cit. p. 883.

²⁵ L'oscillazione è tra una nullità *tout court* di tutte le clausole arbitrali (così, *ex multiis*, G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, p. 26 e F. TOMMASEO, *sub art. 1469-bis*, in G. ALPA –S. PATTI, *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, Milano, 2003, p. 622; in giurisprudenza v. *Giud. di pace Torino*, 17 aprile 1998, in *Giur. piemontese*, 1998, p. 72 e *Giud. di pace Ancona*, 28 aprile 2003, in *Foro it.*, 2004, I, c. 307 ss.), ovvero soltanto di quelle d'arbitrato irrituale (v., in luogo di tanti, G. GABRIELLI, *Clausola compromissoria e contratti per adesione*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, p. 555 ss.; C. CONSOLO – M. DE CRISTOFARO, *Clausole abusive e processo*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 468 nonché *Trib. Torino*, 27 novembre 2001, in *Giur. mer.*, 2002, p. 112 e *Trib. Roma*, 28 ottobre 2000, in *Contratti*, 2001, p. 441 ss.), con un terzo indirizzo, minoritario ma preferibile, incline a reputare vessatorie le sole clausole arbitrali che si mostrino idonee, ma dopo un sindacato concreto condotto *case to case*, a determinare un significativo squilibrio (così G. ALPA, *Le clausole arbitrali nei contratti del consumatore*, cit. p. ; M. BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 403 ss. e *Trib. Monza*, 21 gennaio 2003, in *Giur. milanese*, 2003, p. 149).

a) che la chiusa dell'art. 817, 2 co., c. p. c., interpretata usualmente nel senso che la condotta del convenuto, comparso di fronte agli arbitri e difeso solo nel merito, assume il significato di *convalida* del negozio nullo (per spontanea esecuzione dell'accordo compromissorio)²⁶, qui non vale. E, si badi, non vale perché, sebbene l'art. 817, 2 co., c. p. c. costituisca una deroga nominativa al disposto dell'art. 1423 c.c.²⁷, esso non opera per il fatto d'essere in gioco diritti indisponibili;

b) che una convenzione d'arbitrato manco sarebbe possibile, ove non pattuita inizialmente, per *facta concludentia* successivi. Ov'anche infatti si dovesse convenire che il consumatore, comparso di fronte agli arbitri e difeso nel solo merito, accetta tacitamente la proposta di arbitrato offerta dall'attore con «la proposizione della domanda introduttiva»,²⁸ dovrebbe comunque concludersi per la nullità: in quanto «arbitrato su diritti indisponibili e quindi non arbitrabili». Senza, quindi, manco l'eccezione –è dato presumere– della clausola compromissoria preceduta da una trattativa effettiva e specifica tra le parti (art. 34, 4 co., c. cons.): anche un «contegno attivo e consapevole del consumatore» essendo da intendere –com'è evidente– alla stregua di un *tamquam non esset*. Il sillogismo infatti è semplice: se non può rinunciare ai diritti riconosciuti, manco può il consumatore disporre del diritto a far valere la nullità della clausola vessatoria²⁹. Certo è una lettura che avalla l'interpretazione abrogativa degli artt. 124 e 134 c. cons., ma non ignota al formante dottrinale italiano³⁰.

²⁶ In dottrina, una siffatta ricostruzione –che ha evidenti ascendenze germaniche giacché è la lettera del § 1031, Abs. 6, ZPO a prevedere la sanatoria del patto compromissorio nullo per vizio di forma: v., VORR, in H. J. MUSIELAK, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, München, 2005, sub § 1031, p. 2494– si può leggere in F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2000, p. 337.

²⁷ Si veda, con articolata ed incisiva dimostrazione, E. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c. p. c.*, cit. p. e S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo 'rituale'*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 843 ss. Poi, per chi lo voglia, S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, p. 151 ss. e p. 195 ss.

²⁸ Così E. D'ALESSANDRO, *op. ult. cit.* p., cui è da riferire pure la citazione successiva.

²⁹ Lo fa notare, con opportuno accento critico, già E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, cit. p. 575. V., poi, N. REICH, *More clarity after "Claro"*, in *European Review of Contract Law*, 2007, p. 41 – 61 (che rileva come l'assunto ordinante della pronuncia si incentri proprio sulla non arbitrabilità della materia).

³⁰ V., avendo esclusivo riguardo a coloro che argomentano questa tesi, A. BARBA, sub art. 143, in *Codice del consumo*, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2006, p. 554 (che lega la nullità assoluta all'irrinunciabilità dei diritti quale principio regolativo del mercato) e

Poi, e a questo punto *pour cause*, la questione del convertirsi, stante la «natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela [garantita] ai consumatori» (§ 38 della motivazione)³¹, d'una facoltà o potere di rilevare (*pouvoir* o *Befugnis* per *Océano* e *Cofidis*) in obbligo (*soit tenu d'apprécier d'office* e *von Amts wegen... prüfen muss*, rispettivamente nella versione francese e tedesca). Che, come si può agevolmente intuire, implica, nello specifico

-la rilevabilità officiosa, per il giudice dell'impugnazione, del patto compromissorio, giusta la sua vessatorietà, ov'anche il consumatore non abbia sollevato questo motivo di nullità. E, è dato aggiungere, financo nel caso in cui sia stato *il consumatore ad iniziare la procedura arbitrale*;

-una possibile declaratoria di nullità (del lodo) per un vizio diverso da quello opposto dal consumatore³²; e, va da sé, stante il conclamato rilevare dell'ordine pubblico *a priori* e non *a posteriori*

-un pronunziarsi, sebbene questo importi una deroga in via di eccezione al principio di autorità della *res iudicata*³³, anche ad opera del giudice dell'*exequatur* (in ipotesi di istanza di esecuzione forzata di un lodo arbitrale non impugnato, per altro, dal consumatore)³⁴.

Più in generale, invece, si avrà

-il delinarsi di un ossimoro –la nullità (*assoluta*) di protezione –eccepibile financo dai terzi, in quanto titolari di rapporti connessi a quello principale dedotto in giudizio; e

-la rilevabilità, pendente il giudizio d'appello avverso la sentenza di primo grado, nonostante risultati che il consumatore inadempiente mai ha provveduto a sollevarla, né in sede d'opposizione al pro-

³¹ Inciso che si può pur leggere come uno degli *obiter dicta* della sentenza, ma –com'è stato fatto notare– «particolarmente significativi»: così G. ALPA, *Le clausole arbitrali nei contratti del consumatore*, cit. p. Per una prima applicazione della sentenza, nel senso ch'essa imponga un'interpretazione della disciplina consumerista «ad ampio respiro e sganciata da parametri restrittivi» v. Trib. Palermo, 20 febbraio 2008, n. 873 (inedita, sub art. 140 c. cons.)

³² Lo suggerisce, argomentando diffusamente, E. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c. p. c.*, cit. p.

³³ Deroga avvertita però come «necessaria» da V. TRSTENJAK, Conclusioni nel caso *Asturcom Telecomunicaciones S. L. c. Rodriguez Nogueira* (C – 40/08), cit. § 75.

³⁴ Come si può ricavare dalla domanda di pronuncia pregiudiziale pendente –ed in attesa di definizione– *Asturcom Telecomunicaciones S. L. c. Rodriguez Nogueira* (C – 40/08), cit. Sul fatto che i poteri officiosi non debbano «configgere... proprio con gli interessi della parte debole del rapporto contrattuale che la norma intende, invece, anzitutto tutelare», v. S. MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in *Studi in onore di C. M. Bianca*, Milano, 2006, III, p. 611.

cedimento ingiuntivo, né in udienza o tra i motivi d'appello³⁵.

Tutte situazioni, dato rilevabile di primo acchito, che esulano dalle fattispecie *–del consumatore contumace o ignaro della pendenza del processo–* su cui la CGE aveva in passato statuito, ma congeniali al suo (nuovo) intendimento di metter in risalto la figura dell'autorità giudicante come entità terza «che si attiva a tutela della parte debole del rapporto [contrattuale]». Nell'ottica (paternalistica) di un giudice tutore cui soltanto compete apprezzare *–sempre–* il miglior risultato utile per il consumatore³⁶. Opporre, com'è stato fatto, che l'obbligo di intervento officioso sta, in realtà, per mero dovere di «verificare d'ufficio che il consumatore sia stato davvero [reso edotto] del regime protettivo spettantegli»³⁷, nella misura in cui disvela un ragionamento congeniale alla sola fattispecie della mancata informazione, pare per vero più sottendere un'interpretazione *in bonam partem* (che – s'intende – una spiegazione convincente).

Donde la ragione –per addivenire così ad una prima sintesi– del perché, pure a voler riconoscere che certe espressioni *–obbligo/giudice tenuto–* si prestano ad un bisticcio lessicale³⁸, la motivazione di questo pronunciamento sia da intendere come espressiva d'una *ratio (decidendi)* che sparglia mol-

³⁵ Di altro avviso S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 685. La fattispecie sunteggiata si evince dalla domanda pregiudiziale pendente *Eva Martin Martin c. Sociedad Limitada EDP Editores* (C- 227/08), riguardo ad una vendita conclusa fuori dei locali commerciali senza una previa informazione sul diritto del consumatore di recedere dal contratto. Si noti che la legislazione spagnola –art. 4 l. 26/91– non prevede una rilevabilità officiosa dell'omissione ed imputa al consumatore non informato l'onere di domandare la nullità.

³⁶ V., in special modo, H. CLARET, *Crédit à la consommation: quelques précisions apportées par la Cour de justice des Communautés européennes*, cit. p. 460 (che parla di un *juge come protecteur* di un consumatore nonostante la «*presence d'un avocat*»); V. AVENA – ROBARDET, *Annulation d'une sentence arbitrale en cas de clause abusive dans la convention d'arbitrage*, in *D.*, 2006, AJ, p. 2910 s. e C. PESCE, *Il giudice a quo come "tutore" del consumatore*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, p. 430 ss.. In termini per contro adesivi M. TENREIRO, *The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems*, in *European Review of Private Law*, 1995, p. 273.

³⁷ E' il convincimento di V. TRSTENJAK, *Conclusioni*, cit. § 92 (il giudice deve «accertare d'ufficio se il consumatore sia stato informato del suo diritto di recedere dal contratto e, in caso negativo, portarlo a conoscenza dei diritti conferitigli in tali circostanze dall'ordinamento nazionale»).

³⁸ Ma –si badi– fino ad un certo punto, se è vero che, per un verso, il dispositivo della sentenza, nella versione inglese suona «*must determine whether the arbitration agreement is void*» ed il § 38 del *dictum*, per l'altro ha la veste, in castigliano, del «*deba apreciar de oficio*». Si vedano poi, nella sicura prospettiva di un obbligo le Conclusioni dell'Avvocato Generale V. TRSTENJAK nel caso *Asturcom Telecomunicaciones S. L. c. Rodriguez Nogueira* (C – 40/08), cit. §§ 78 – 80.

te delle (fallaci) convinzioni abitualmente costellanti il diritto (secondo) dei consumi³⁹. Del resto, se – come si dice – la direttiva 93/13 è da intendere come una disciplina imperativa –di diritto secondario– operante una restrizione dell'autonomia contrattuale e se l'intervento autoritativo del giudice ha un rilievo insostituibile, manco ha più troppo senso indulgere sul concetto di legittimazione relativa o ristretta: essendo evidente che il professionista potrà ovviare al proprio difetto di legittimazione con la semplice allegazione degli elementi costitutivi della nullità⁴⁰.

5. Rilevabilità *ope iudicis* e convalida (della nullità di protezione) ?

Ora, di per sé non è che un articolato concettuale di siffatto tenore, a declinarlo ermeneuticamente con un minimo di oculatezza, risulti poi tanto stupefacente. Il dubbio sulla fondatezza di un'iscrizione dell'art. 36, 3 co., c. cons. nel *genus* delle nullità relative già è stato esplicitato in dottrina⁴¹, in ragione del fatto che una formula, certo non lessicalmente perspicua, come la nullità *opera soltanto a vantaggio del consumatore*, può sembrar alludere in senso proprio ad una nullità parziale unidirezionale⁴². Di talché, di là dalla titolazione normativa, se non è

³⁹ Come osserva L. IDOT, *Obs.*, cit. p. 117, non è, «*au demeurant*» una «*différence sémantique*» che modifica «*les données*». V., poi, E. F. R., *Clausola compromissoria "vessatoria" e impugnazione del lodo*, cit. p. 1087 (ove il significativo rilievo che «il modo, con il quale la Corte... interpreta tale direttiva, non può non condizionare l'interpretazione e l'applicazione delle norme interne dei singoli Stati, che ne costituiscono la recezione»). Ecco perché non convince l'affermazione, per altro espressa dubitativamente, che questo *dictum* rappresenti «un *leading precedent* [quanto] una decisione circoscritta alla vicenda»: così G. ALPA, *Le clausole arbitrali nei contratti del consumatore*, cit. p. Nel senso del testo v. pure G. POISSONNIER – J. P. TRICOIT, *La CJCE confirme sa volonté de voir le juge national mettre en oeuvre le droit communautaire de la consommation*, in *Petites affiches. La loi/Le Quotidien juridique*, 2007, n. 189, pp. 13 – 21.

⁴⁰ Non a caso è proprio a questo argomento che si richiama(va) G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit. p. 189 per accreditare l'idea una preclusione alla rilevabilità *ope iudicis* delle nullità relative.

⁴¹ Per primo, con un periodare logicamente ineccepibile, A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 425 e p. 432. ID., *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, p. 205. Si veda poi L. IDOT, *Obs.*, cit. p. 119 (il diritto comunitario «*module*» il regime delle nullità e «*malmène*» la distinzione tradizionale tra «*nullité relative et nullité absolue*»). *Contra*, invece, M. NUZZO, *Riflessioni in tema di nullità speciali*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra principi e regole*, Milano, 2008, II, p. 234 e G. Vettori, *Contratto e rimedi*, cit. p. 575 s.

⁴² La felice espressione è di A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, cit. p. 432.



una questione di legittimazione (soggettivamente) limitata quanto di parzialità dell'effetto ablativo, restando per il resto una comune nullità assoluta, si fuggano molte delle perplessità poc'anzi sollevate. Infatti che la nullità (della clausola vessatoria) sia contestata dal consumatore, rilevata d'ufficio e financo opposta dal professionista o da un terzo, è ininfluente: sempre la sentenza che accerta la nullità di una pattuizione si limiterà, invero, a non far cadere né la parte restante del contratto, né quanto della clausola impugnata conserva funzionalità e non arreca pregiudizio al consumatore⁴³. E forse, sia detto di passata, è ragionevolmente vero che soltanto una lettura di tal fatta, iscrivibile nel *genus* delle clausole non apposte o reputate non scritte, riprende fedelmente l'ordito lessicale comunitario, quanto meno riguardo al deflettersi delle clausole abusive perché *non vincolano i consumatori*. D'altronde, per archiviare l'inciso con un dato notorio ma non pleonastico, il disposto dell'art. 36, 3 co. è —come si sa di estrazione municipale, non comunitaria: con tutto quel che ne consegue in termini di attendibilità della locuzione nullità europea di protezione.

Quindi dalla sentenza, sotto questo aspetto, niente di eclatante. Se non fosse che le perplessità (fondate) albergano altrove. A cominciare:

a) dalla pretesa indisponibilità assoluta e non, come invece parrebbe solamente preventiva, dei diritti attribuiti al consumatore. Siccome è stato già descritto altrove quale dovrebbe essere il percorso argomentativo deputato a rendere plausibile l'idea d'una convalidabilità della nullità di protezione⁴⁴, basterà qui rilevare che, in sede d'impugnazione del lodo, non sarà certo possibile invocare la nullità della convenzione d'arbitrato ex art. 829, n. 1, c. p. c. per la semplice ragione che la clausola compromissoria, avendo ricevuto convalida, c'è. Donde, trattandosi di diritti che risultano già acquisiti nella titolarità del consumatore, neanche rilevanza *ope iudicis*, per (evidente) insussistenza del motivo.

Il contrario avviso che adduce come esempio il caso della (fondata) domanda riconvenzionale di risoluzione (del contratto) e risarcimento (danni), opposta dal professionista al consumatore che abbia dedotto infondatamente un inadempimento (o un ritardo) nell'esecuzione di un contratto nullo⁴⁵, non

persuade infatti manco un pò. E per due ragioni che pare davvero difficile confutare.

La prima: la convalidabilità d'una pattuizione nulla s'arresta comunque di fronte al limite, conaturato alla riconosciuta disponibilità unidirezionale della tutela, del pregiudizio per il consumatore. Dato che, stando alla *littera legis*, la nullità, per quanto parziale, non sempre importa un vantaggio per il consumatore, ciò significa —argomento *a contrario*— che esistono casi ove il rilevarla può costituire occasione di danno per la parte protetta. Risultato: si può immaginare, quanto meno a livello d'esito ermeneutico, che la formula *opera soltanto a vantaggio del consumatore* significhi questo, che cioè la rilevanza agisce da *fatto impeditivo* della convalidabilità tutte le volte in cui questa, se si inverasse, si verrebbe a tradurre in un pregiudizio per il consumatore. Com'è nella fattispecie poc'anzi descritta ove, in forza della regola di valutazione del vantaggio, il giudice interviene per far deflettere l'attore da scelte svantaggiose di per sé⁴⁶. In qualche misura si può pure riconoscere che il giudice, in vicende processuali di tal fatta, *debba* procedere alla rilevazione della nullità: ma, si badi, alla stregua dei rilievi suindicati, è vera pure la proposizione contraria, nel senso che la convalida, siccome per suo tramite manca il *quid* bisognoso e passibile d'accertamento, costituisce la vicenda ostativa speculare —perché fattispecie impeditivamente identica ma rovesciata— all'azionarsi della rilevanza. Se c'è un dato infatti sul quale pare difficile dibattere è che spetta comunque al consumatore decidere *se* denunciare *o* meno la vessatorietà della clausola. A tacer del fatto che, se gli fosse impedita la convalida, si avrebbe il paradosso di una tutela *piena* allorché il contratto, stante la sua difettosità, riceve corretta esecuzione (il recesso essendo insindacabilmente libero), *dimidiata* ove invece, per effetto dell'allegazione del vizio, si controverta giudizialmente sulla validità della pattuizione.

Col che, naturalmente, cadono i rilievi che insistono vuoi su di una tutela foggata prescindendo dalla «volontà manifestata dal contraente protetto»⁴⁷, vuoi sull'imprescrittibilità dell'azione⁴⁸: per-

⁴³ E'—come evidenzia A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, cit. p. 205— «nella conservazione, non nella distruzione del contenuto del contratto che la protezione consiste. Sicché limitare la legittimazione al contraente, *di per sé* è inutile».

⁴⁴ V., in special modo, M. NUZZO, *Riflessioni in tema di nullità speciali*, cit. pp. 248 – 250. Sia poi consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit. p. 80, p. 196 e p. 201.

⁴⁵ E' l'argomentare di A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 59 ss.

⁴⁶ Adombrano un ragionamento non dissimile A. ORESTANO, *Rilevanza d'ufficio della vessatorietà delle clausole*, cit. p. 1182 e C. PESCE, *Il giudice a quo come "tutore" del consumatore* cit. p. 434 s. Secondo G. BONFIGLIO, *La rilevanza d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 899 il dato normativo va declinato nel senso che il giudice non può rilevare d'ufficio la nullità di protezione nel solo caso in cui sia il consumatore «a precludere la declaratoria con l'invocazione o l'accettazione degli effetti negoziali» (corsivo nel testo).

⁴⁷ E' l'avviso di A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit. p. 69. *Contra*, emblematicamente, Trib. Terni, 22 gennaio 2007, cit. (§ 6 della motivazione).

ché se c'è stata convalida non si fa più questione d'una mera «preclusione soggettiva dell'impugnazione». E, giova rilevarlo, l'eventuale rinvio che, a mo' di replica, volesse farsi all'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea –essendo garantito, nelle politiche dell'Unione «un livello elevato di protezione dei consumatori»- e/o agli artt. 3, n. 1, lett. t, e 153 CE⁴⁹ non varrebbe a dimostrare il contrario: se è vero ch'essi, a motivo della loro conclamata neutralità ermeneutica, non rinvigoriscono certo l'argomento dell'indisponibilità (piena) del diritto all'informazione, all'autorganizzazione *et similia*.

La seconda ragione è il logico comple(ta)mento di quanto appena chiosato.

La facoltà di convalidare, come poi la si costruisca, è comunque una situazione attiva ad esercizio condizionato. Nel dettaglio questo significa che il giudice è tenuto ad esercitare il potere riconosciuto-gli dalla legge ogni qualvolta risulti che il consumatore non è stato messo nella condizione, di diritto o di fatto, di sanare *spontaneamente e consapevolmente*, la pattuizione abusiva. Con i due avverbi ad indicare il dispiegarsi *in limine litis* d'uno scrutinio giudiziale sulle modalità che hanno fatto da corona all'esplicarsi della convalida. Del resto, stando alla lettera dell'art. 1444, 3 co., c.c., la convalida non ha effetto se chi la effettua non risulta esser stato in condizione «di concludere validamente il contratto». Donde rilevabilità, nell'ottica di un *juge rectificateur* edotto della circostanza che il consumatore non ha inteso sanare la clausola, ogni qual volta officiosamente si appura che sarebbe stato nell'interesse della parte protetta farlo. E, come ognuno potrà constatare, se è certo che al fatto della mancata costituzione in giudizio o di fronte agli arbitri, nessuno potrà riconoscere attendibilmente –*on ne tire-* un significato che non sia opaco – *aucune conséquence*⁵⁰, difficilmente si potrà dire lo stesso per il caso –s'immagini un contratto d'assicurazione con clausola d'arbitrato irrituale per le questioni re-

lative alla liquidazione dell'indennizzo⁵¹ - del costituirsi (e difendersi) nel solo merito⁵². Al pari, è dato aggiungere, delle ipotesi in cui il consumatore,

-in deroga alla previsione di un foro territoriale esclusivo, provveda (non già per effetto di una clausola aggiunta a penna ma) *sua sponte* a radicare la controversia in conformità alla clausola (abusiva) che gli è sfavorevole⁵³, ovvero

-convenuto in giudizio dal professionista domandi, in comparsa di risposta, l'applicazione della clausola compromissoria, eccedendo così l'incompetenza del giudice adito⁵⁴.

Beninteso, non è che il nostro periodare, come c'è il rischio che si equivochi⁵⁵, postuli che il consumatore comunque partecipi «ad un procedimento nullo, al fine di poter [poi] fare dichiarare la nullità del contratto». Ma se dalle carte emerge che il consumatore si è costituito e difeso nel merito, non si vede per quale ragione dovrebbe poi essere ammesso ad eccepire la nullità o a beneficiare di una rilevabilità officiosa. Come è stato fatto autorevolmente notare, «la nullità non potrà essere rilevata... *per la semplice ragione che essa non sussiste più*»⁵⁶.

Una piccola chiosa interlocutoria.

Cambiano i termini della questione se, anziché d'abusività della clausola, si discute di mancata informazione al consumatore e risulta che la legge riconnette testualmente alla suddetta omissione –si

⁵¹ Per una fattispecie siffatta v. Trib. Napoli, 4 giugno 2002, in *Giur. napoletana*, 2002, p. 362.

⁵² Specie se al tutto si abbina, come precisato, una verifica giudiziale *in itinere* su *come* e *quanto* responsabilmente il consumatore ha scelto che la clausola in contestazione espliciti i suoi effetti. Il rilievo serve pure, per altro, a neutralizzare la preoccupazione di evitare che i singoli clienti non beneficino di una reale tutela: v., in tal senso, A. GENTILI, *Le invalidità*, cit. p. 1542. Per un'applicazione processuale di questo argomentare v. Pret. Bologna, 20 gennaio 1998, in *Danno e resp.*, 1998, p. 270 ss. (con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Dalla parte di Shylock: vessatorietà della clausola penale nei contratti dei consumatori*), sulla rilevabilità di ufficio d'una clausola penale nella contumacia del consumatore convenuto.

⁵³ Cfr. F. LAPERTOSA, *Profili processuali della disciplina delle clausole vessatorie nei contratti con il consumatore*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, p. 715 ss. Sulla natura esclusiva e speciale del foro del consumatore (art. 33, 2 co., lett. u, c. cons.), derogabile solo ove si provi che la clausola ha costituito oggetto di trattativa individuale, si vedano –principalmente- Cass., ord. 1 ottobre 2003, n. 14669, in *Foro it.*, 2003, I, c. 3298 ss. e, di recente, Cass., ord., 26 settembre 2008, n. 24262, in *Obbligazioni e Contratti*, 2009, p. 335 ss., con nota di F. LUCCHESI, *Onere probatorio e requisiti della trattativa idonea ad escludere la disciplina dei contratti del consumatore*.

⁵⁴ Fattispecie –si prenda nota- che non è poi così peregrina: v. Trib. Terni, 22 gennaio 2007, in *Giur. it.*, 2007, I, p. 2746

⁵⁵ Lo fa l'Avvocato Generale V. TRSTENJAK, Conclusioni presentate nel caso *Asturcom Telecomunicaciones S. L. c. Rodriguez Nogueira* (C – 40/08), cit. § 64 (cui è da riferire la citazione riportata).

⁵⁶ Così G. D'AMICO, *Variazioni sulla nullità*, cit. p. 28 (del manoscritto).

⁴⁸ Per questo rilievo, invece, A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*², a cura di E. Gabrielli, Torino, 2006, II, p. 1542 (cui è da riferire pure la citazione che segue). Nel senso del testo, pur se nella prospettiva di una nullità relativa di protezione come nullità pendente o sospesa, M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, pp. 441 – 447.

⁴⁹ Il richiamo di ambedue le previsioni si legge nella domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dall'*Audiencia Provincial de Salamanca* nella Causa C-227/08, Martin Martin, cit.

⁵⁰ Che poi, per la verità, è quanto è dato registrare nel caso *Asturcom Telecomunicaciones S. L. c. Rodriguez Nogueira* (C – 40/08), cit.: se è vero che, in questa fattispecie, si fa questione di un lodo arbitrale emesso in assenza del consumatore e senza che costui abbia in seguito provveduto ad impugnarlo (v. §§§ 28, 41 e 67 delle Conclusioni dell'Avvocato Generale).



pensi ove faccia difetto il diritto di recesso- una nullità protettiva dell'intero contratto (art. 30, 7 co., TUF ovvero, per l'ordinamento spagnolo, l'art. 4 della l. 26/1991, sui contratti stipulati fuori dei locali commerciali) ?

Ancorché le due fattispecie siano formalmente diverse, non se ne intravede, a ben guardare, la ragione. Invero, se il consumatore non è stato informato sull'esistenza di una sua facoltà di recedere dal contratto, manco può sapere –evidentemente che, a motivo di una siffatta incompletezza documentale, può domandare l'accertamento della nullità. Ergo, per non incorrere in una patente contraddizione, bisogna concludere che la mancata eccezione nelle varie fasi del processo non sta per (né può valere come) convalida⁵⁷.

6. Segue: giudizio di vessatorietà ed interesse alla convalida.

Ma non basta. C'è il fatto, per tornare alla sentenza, che

b) a dedurre sillogisticamente la nullità (assoluta) della clausola compromissoria dalla nullità della pattuizione di deroga alla competenza giurisdizionale, si enuncia un rilievo che prova troppo. E non solo (*rectius* non tanto) perché un simile orientamento giurisprudenziale accresce l'opacità dei lodi intaccandone a fondo l'efficacia⁵⁸.

Se fosse vero infatti che non c'è una legittimazione esclusiva del consumatore, dovrebbe pure ammettersi un lodo impugnabile dal professionista ove il collegio arbitrale abbia deciso in modo a costui sfavorevole. Col risultato, salvo pensare ad un' (improbabile) impugnazione asimmetrica *secundum eventum litis*, di ribaltare così l'originaria *ratio* protettiva della legislazione consumerista. A tacer della circostanza che una *obligation* in luogo di un *pouvoir de relever d'office* vanificherebbe a pieno l'eventuale interesse del consumatore, cui sia stato notificato il recesso dal contratto in forza d'una clausola vessatoria, a soprassedere sulla nullità della stessa ove sia suo preciso intendimento rinunciare comunque alla prosecuzione del rapporto contrattuale⁵⁹. L'accertamento della vessatorietà, cui la nullità

delle clausole consegue, è comunque valutata –lo si rammenti- con riguardo al tempo della conclusione del contratto (art. 34, 1 co., c. cons.): donde, magari proprio in ragione del sopravvenire di circostanze contingenti, nulla esclude che il consumatore possa mutare avviso sul genere di vicenda da riservare alla clausola infida⁶⁰. E poi, detto a mo' di chiusa del catalogo, concepire una nullità di protezione a rilievo officioso incondizionato esita in un risultato paradossale: non è forse vero, infatti, che persino la nullità assoluta codicistica –art. 1421 c. c.- può soltanto esser rilevata d'ufficio ? E, va detto, nel rigoroso rispetto -non è affatto pleonastico rammentarlo- del principio del contraddittorio: onde evitare, giusta la lettera dell'art. 183, 4 co., c. p. c., il formarsi d'una decisione a sorpresa, emessa sulla scorta di una terza via rispetto alle domande alternativamente dedotte in giudizio⁶¹.

7. La convalida nella logica del combinato disposto degli artt. 34, 4 co. e 36, 2 co., c. cons.

Col che, se si conviene sui rilievi testé esplicitati, si materializzano –una dopo l'altra- quelle che sono le autentiche ragioni di vischiosità permeanti (l'ultimo), in ordine di tempo, periodare della CGE. Le critiche suindicate, come si sarà potuto apprezzare, a leggerle a mo' d'un *continuum* logico – argomentativo, costituiscono infatti il canovaccio del quarto modo di intendere la rilevabilità *ope iudicis* della nullità di protezione. Un modo che, confutata la pretesa inconciliabilità tra convalida ed imperatività (assoluta) d'ogni norma di protezione consumerista, solo impropriamente si può però apparentare a quelli d'uso corrente. E non solo perché mette fuori quadro l'astratta tutela dell'interesse pubblico (*seu* superindividuale). Ad una logica di carattere squisitamente processuale –leggi una rilevabilità *ad adiu-*

CGE (p. 4 del manoscritto) e S. PAGLIANTINI, *Il valore dell'eccezione: glosse a margine dell'art. 1423 c.c.*, in *Scritti in onore di Marco Comporti*, cit., III, pp. 2036 – 2039. Il convincimento, seppur maturato all'interno di tutt'altra logica, che la fattispecie della nullità assoluta «dichiarata d'ufficio dal giudice... non costituisca una misura appropriata per i consumatori», si legge in V. TRSTENJAK, *Conclusioni*, cit. § 78.

⁶⁰ Rilievo –calzante- già espresso da A. ORESTANO, *Rilevabilità d'ufficio della vessatorietà delle clausole*, cit. p. 1185. Sulla sanatoria del vizio ex art. 829, n. 1 c. p. c., v. poi, significativamente, S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo "rituale"*, cit. p. 849. Che il vizio non sia «rilevabile d'ufficio dal giudice in presenza di una dichiarazione espressa della parte di voler avvalersi degli effetti del contratto», lo nota –persuasivamente- M. NUZZO, *Riflessioni in tema di nullità speciali*, cit. p. 251.

⁶¹ Come si ricava da Cass., 21 novembre 2002, n. 14637, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1611, con nota di F. P. LUISSO, *Questione rilevata di ufficio e contraddittorio: una sentenza "rivoluzionaria" ?*.

⁵⁷ E' un ragionamento che, nel caso *Martín Martín c. Sociedad Limitada EDP Editores* (C- 227/08), adombra pure, sebbene pervenga poi ad un esito diverso, V. TRSTENJAK, *Conclusioni*, cit. § 75, quando insiste sul fatto che il «diritto di recesso dal contratto stipulato fuori dei locali commerciali è [comunque] subordinato alla volontà del consumatore».

⁵⁸ Con palese pregiudizio del principio di *limited scrutiny* degli stessi: cfr. N. REICH, *More clarity after "Claro"*, cit., p. 50.

⁵⁹ L'esempio si legge in G. CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris* 1996, p. 417. Sulla sanabilità v., poi, G. DE CRISTOFARO, *Nullità di protezione e sentenze della*

vandum e non contro l'interesse del consumatore⁶², formula felice ma al tempo stesso evocativa dello spiccato *malaise* che tuttora affligge il diritto processuale dei consumi⁶³ - si viene infatti qui a sostituire una di stretto diritto sostanziale: con la convalida espressa o tacita, della pattuizione *insorta come nulla*, nella veste di *quid*, predicato di una valenza scriminante⁶⁴, idoneo a far produrre alla clausola contestata gli effetti suoi tipici. Non quindi, come sostenuto da qualche giudice di merito, una rilevabilità spuria e derogatoria (rispetto al regime tradizionale) a motivo d'un *modello misto* o che sperimenta prima, col (discusso) canone del *nemo venire contra factum proprium*, la meritevolezza dell'interesse ad impugnare⁶⁵, quanto piuttosto una (ir)rilevabilità per compiutasi validazione successiva della fattispecie. Senza alcuna deroga, quindi, al disposto dell'art. 1421⁶⁶ e purché, naturalmente, il tutto origini da un comportamento consapevolmente responsabile del consumatore. Essendosi instaurato l'atto di consumo, lo si ripete, l'art. 143, 1 co., c. cons. ha cessato di operare ed il consumatore, ad es. per il tramite di una clausola di perizia contrattuale⁶⁷, può -se non è assoggettato a termini giugulatori per decidere- *disporre* del proprio diritto. D'altronde, si potrebbe aggiungere, se è ammesso che una trattativa individuale, ove mostri i requisiti concorrenti della serietà ed effettività⁶⁸, valga ad escludere *ex ante* la vessa-

torietà di una data clausola (art. 34, 4 co., c. cons.), non si può poi ragionevolmente denegare un (pari) valore validativo al contegno (successivo) del consumatore che sia espressione di una consapevole volontà sanante⁶⁹. Il contrario argomento che dovesse insistere sulla nullità delle clausole corrispondenti alle fattispecie incluse nell'art. 36, 2 co., c. cons., quantunque siano state oggetto di trattativa individuale, ha per vero il difetto di non reggere: giacché c'è seriamente da dubitare che esista, rispetto alle ipotesi di cui alle lett. A, B e C, un potere di conferma. Se è vero infatti che, quando «l'interesse protetto dalla norma [violata] si è comunque realizzato pienamente»⁷⁰, non può esserci più una questione di interesse concreto del soggetto garantito ad agire in giudizio per opporre la nullità, manco è da omettere il rilievo che, ove si controverta di pattuizioni d'esonero per il caso di morte o di danno alla persona del consumatore ovvero di clausole a sorpresa, non può che riprendere *costitutamente* vigore il principio di indisponibilità (delle cause di nullità). E, sia detto per inciso, a pieno titolo.

8. Due letture non molto ortodosse: a) la distinzione comunitaria tra obbligo d'accertamento d'ufficio e conseguenza di tale accertamento; b) le clausole vessatorie come clausole non scritte.

Naturalmente, seppure non in modo altrettanto plausibile, ci sono le condizioni per imbastire altre due chiavi di lettura.

Muovendo dalla distinzione tra accertamento d'ufficio e conseguenza di tale accertamento, si può sostenere -lo si è anticipato- che l'ipotizzare un obbligo del giudice di rilevare l'abusività (d'una clausola) o la mancata informazione non implica il dichiararsi della nullità come effetto necessitato: per la semplice ragione che l'accertamento giudiziale rimette poi la questione dell'eccepire o meno la nullità al solo consumatore⁷¹. E' una tesi, per altro venata dall'incerto richiamo ora dell'ordine pubblico

⁶² Che poi è quella pure prediletta -con la mediazione logica, definita «irrinunciabile», dell'art. 183, 4 co., c. p. c.- da S. MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, cit. p. 681.

⁶³ Il termine *malaise* è coniato da S. PIEDELIÈVRE, *Droit de la consommation*, Paris, 2008, p. 364. Di un *particularisme procédural* discorre D. MAZEAUD, *Ordre public et aménagement de la prescription*, cit. p. 94.

⁶⁴ L'immagine di un consumatore che dichiara, «nei propri scritti difensivi, di avere interesse a che [la] clausola [abusiva] rimanga in vita», si incontra in S. MONTICELLI, *op. loc. ult. cit.* (corsivo aggiunto).

⁶⁵ Secondo l'avviso, nel primo caso, di Pret. Bologna, 4 gennaio 1999, in *Corr. giur.*, 1999, p. 600 s. (con nota di G. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*) e, nel secondo di B. ULRICH GRAF - A. E. APPLETON, *Elisa Maria Mostaza Claro v. Centro Mòvil Millennium: EU Consumer Law As A Defence against Arbitral Awards*, in *ASA Bulletin*, 2007, p. 48 (che rilevano come, in caso contrario, ci sia il fondato rischio di favorire parti in malafede). Il problema è che l'idea di un modello misto o spurio rischia di mostrarsi come una mezza misura, foriera -nei termini suindicati- d'una pluralità di complicazioni pratiche.

⁶⁶ Giacché, com'è stato fatto notare, si è al cospetto di una nullità la quale, fin quando «sussiste, può essere rilevata d'ufficio dal giudice senza alcun limite (come ogni altra nullità)»: così, incisivamente, G. D'AMICO, *Variazioni sulla nullità*, cit. p. 28 (corsivo nel testo).

⁶⁷ Si veda, a tal proposito, Trib. Rimini, 31 marzo 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 2542.

⁶⁸ Un'utile ricostruzione, per la disamina del concetto di trattativa, si legge in L. A. SCARANO, *sub art. 1469-ter*, 4 co., in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, a cura di G.

Alpa e S. Patti, *Commentario al codice civile*, Milano, 2003, p. 969 ss., spec. 976 ss.

⁶⁹ Cfr., significativamente, Trib. Terni, 22 gennaio 2007, cit. (§ 6 della motivazione) e, soprattutto, V. TRSTENJAK, *Conclusioni*, cit. § 92 (è possibile, infatti, che il consumatore «intenda *confermare la validità di tale contratto*»: corsivo aggiunto). Nell'ordinamento francese v. Trib. *d'instance de Montbéliard*, 28 ottobre 2008, in *D.*, 2009, p. 23 ss. (sull'irregolarità di una clausola di *épargne obligatoire*).

⁷⁰ Il rilievo si legge in M. NUZZO, *Riflessioni in tema di nullità speciali*, cit. p. 251.

⁷¹ Così V. TRSTENJAK, *Conclusioni*, cit. § 76.



ora del principio di effettività⁷², che ha dalla sua il disposto dell'art. 183, 4 co., c.p.c. nella parte in cui vien statuito che il giudice, sulla scorta dei fatti allegati, indica *le questioni rilevabili d'ufficio* delle quali considera «opportuna la trattazione»⁷³: ma che non persuade in quanto –interlocutoriamente- lascia impregiudicato il problema della convalidabilità. Che infatti non intravede, se è vero che l'obbligo di rilevanza officiosa, in luogo di un'opaca discrezionalità, è motivato in forza della mancanza di canoni idonei a spiegare quando e perché l'accertamento non dovrebbe esservi.

Più *tranchant* la seconda opzione ermeneutica.

Siccome lo statuto europeo delle clausole vessatorie, anche nella sua ultima versione (art. 37), insiste sulla loro non vincolatività, si può suggerire un'interpretazione antiletterale dell'art. 36 c. cons., sostenendo, molto banalmente ed alla francese (L. 132-1 c. *consomm.*), ch'esse sono da intendere come non scritte, col giudice investito della sola funzione, «*par un mécanisme de blocage*», di «*en empêcher l'application*»⁷⁴. S'intende ogni qual volta il consumatore non mostri responsabilmente di volersi avvalere della clausola. E se si esclude la nullità, facile aggiungere, manco si può far più questione –va da sé- di inconvalidabilità. Un'autorevole dottrina parla, con riguardo a questo tipo di sanzione, di clausole «addirittura quasi inesistenti»⁷⁵: ma forse è più corretto parlare di *éradication* –leggi sradicamento- nella misura in cui la clausola risulta *gommée* dal contratto⁷⁶.

Convince un siffatto modo di ragionare ?

Nella logica di un diritto dei consumi ove disposizioni generali si alternano a previsioni di legge settoriali, non sarebbe un'opzione ermeneutica così *sui generis*: per l'elementare ragione che, nel segno di una parte della dottrina, si profilerebbe, in luogo

di finzionistici apparentamenti, una distinzione tra la rubrica dell'art. 36 e le altre nullità consumeristiche (gli artt. 67, 5 co., 67 *octiesdecies*, 1 co., 78, 124 e 134, 1 co., c. cons.): queste sì di *protezione* perché contraddistinte, com'è per certune disposizioni del TUB (art. 127, 2 co.) o del TUF (artt. 23, 3 co., 24, 2 co., 30, 7 co., 100- *bis*, 3 co.), da uno statuto regolativo normato –quanto alla rilevanza d'ufficio ed alla legittimazione relativa- testualmente ed *ex professo*. L'argomento –usuale- incentrato sulla singolarità di una nullità, inesistente quando il contenuto della clausola, in quanto negoziato, è lecito e mostrantesi –per contro- in caso di mancata trattativa, potrebbe poi suggellare, a mo' di canone interpretativo ordinante, un assunto ricostruttivo solo in apparenza di segno descrittivo e carente di sistematicità. Ma –si prenda nota- anche a voler ragionare così, non per questo il problema della convalida verrebbe declassato ad un *tamquam non esset*: ch'essa infatti faccia da corona soltanto a certune disposizioni, non foss'altro in virtù della stretta connessione logico – lessicale che regge le due riserve degli artt. 1421 e 1423 c.c., sta invero a significare, molto semplicemente, che il disporre *ex uno latere* di un diritto è ammesso quando la ragione della nullità si lega ad omissioni (informative *seu* documentali) e non si radica sull'iniquità del contenuto contrattuale⁷⁷. Gli è, infatti, che la convalida di un contratto nullo perché carente in tutto o in parte della forma prescritta, lungi dal sanare un rapporto iniquo, ha spesso il solo scopo di stabilizzare *quoad effectum* quel che, per il concomitante difetto d'ogni altro squilibrio abusivo, si lascia apprezzare come un'operazione comunque vantaggiosa.

Com'è stato giustamente evidenziato, il consumatore ignaro del diritto di recesso ma che abbia acquistato «in prevendita e al minor prezzo previsto per i primi [compratori]», ove la nullità dell'(intero) contratto venisse giudizialmente acclarata, potrebbe sì vantare il diritto alla restituzione del prezzo: ma,

⁷² Come si può agevolmente constatare leggendo le Conclusioni di V. TRSTENJAK, nel caso *Asturcom Telecomunicaciones S. L. c. Rodriguez Nogueira* (C – 40/08), cit. §§§ 68, 70 e 75.

⁷³ V., in special modo, per un periodare del genere, S. MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudice ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, cit. p. 681.

⁷⁴ E' di questo avviso X. LAGARDE, *Crédit à la consommation: la distinction ente clause abusive et irrégularité formelle*, in D., 2005, p. 2225. Sulla questione v. poi, diffusamente, S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Paris II, 2004, *passim* e, sulla connessione di questo rimedio col concetto di ordine pubblico, J. P. PIZZIO, *Le droit de la consommation à l'aube du XXI siècle. Études de droit de la consommation, Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Paris, 2004, p. 877 s. Secondo S. PIEDELIÈVRE, *Droit de la consommation*, cit. p. 364, gli effetti sono semplici: la «*clause est éliminée et le contrat subsiste. Cette solution est tout à l'avantage du consommateur puisque le contrat sera rééquilibré et maintenu*».

⁷⁵ Così V. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Milano, 2007, II, p. 466.

⁷⁶ Cfr. J. FLOUR – J-L. AUBERT – É. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations. I. L'acte juridique*, 13 ed., Paris, 2008, p. 147.

⁷⁷ Così pure S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 951. Se così è, non convince allora il rilievo che «una dichiarazione di rinuncia, effettuata nel processo dal consumatore, a fare valere la nullità relativa di un patto o clausola non potrà considerarsi un atto dispositivo del diritto bensì esclusivamente dell'azionabilità dello stesso nel processo, in quel processo» (così S. MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, p. 186, nt. 53). Gli è infatti che, se il consumatore dichiara la clausola nulla pienamente vincolante, in quanto pone in essere un atto dispositivo, la sana e non potrà poi valersi del suo diritto alla nullità della pattuizione «in un altro nuovo giudizio, ove intenda scegliere una differente linea di difesa» (cfr. S. MONTICELLI, *op. loc. ult. cit.*, pure per la citazione che segue). L'alternativa, infatti, è tra convalida o insanabilità: *tertium non datur*. A meno di non pensare che il periodare testé prefigurato si riferisca ad una rinuncia di carattere generale: che, per il fatto d'essere priva di ogni valenza validativa, rimane circoscritta di per sé «all'ambito processuale in cui è resa».



se risulta che ha comunque interesse alla *res aliena* tagli, non senza un qualche pregiudizio patrimoniale giacché il prezzo maggiorato del secondo contratto dovrebbe tener conto della circostanza che non è più possibile acquistare il bene «al minor prezzo praticato in prevendita»⁷⁸. Donde l'emersione di un interesse di parte alla convalidabilità⁷⁹.

| 32

Poi, detto a mo' di chiusa del discorso, si può discutere sulla circostanza che un siffatto modo di ragionare sia pure avvalorato dal combinato disposto degli artt. 1450 e 1451 c. c., nel segno di una convalida che non opera allorquando avrebbe come effetto di rendere giudizialmente intangibile un contratto stipulatosi da principio a condizioni inique⁸⁰: in ogni caso è un approccio, quello del recupero contrassegnato dal *vestmentum* della convalida, che persuade di più, sia detto per inciso, d'ogni invito a sacrificare, nell'ottica degli obbiettivi primari perseguiti dalla sanzione della nullità, le esigenze del diritto processuale.

⁷⁸ V. TRSTENJAK, *Conclusioni*, cit. § 76. Si può discutere se, come invero si fa, sia legittimo richiamare il brocardo *summum ius, summa iniuria*: ma non che la nullità ricade qui –e per intero– a danno del consumatore.

⁷⁹ Sul quale conviene, con diffusa argomentazione, M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit. pp. 448 – 454.

⁸⁰ E' il convincimento, a seguito di un argomentare articolato, di S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, cit. p. 950 s.