

LA VAGHEZZA DEL PRINCIPIO DI “NON VINCOLATIVITÀ” DELLE CLAUSOLE VESSATORIE SECONDO LA CORTE DI GIUSTIZIA: ULTIMO ATTO?

Di Stefano Pagliantini

SOMMARIO: 1. *Introduzione: prologo (in Ungheria ed in Spagna).* – 2. *La motivazione della Corte nella sentenza Pannon.* – 3. *L’art. 6 della dir. 93/13 come norma imperativa di ordine pubblico e l’obbligo giudiziale di rilevabilità: due chiose critiche.* – 4. *La convalidabilità, col corredo di quattro argomenti, delle clausole vessatorie.* – 5. *La tassonomia delle cd. invalidità comunitarie: la convalida come regola organica alle sole clausole vessatorie? Critica: Convalida e fattispecie di irrinunciabilità dei diritti.* – 6. *Convalida, convenzione arbitrare e comportamento del consumatore: le peculiarità del caso Asturcom Telecomunicaciones S. L.* – 7. *Segue: il paradosso di una rilevabilità secondo le norme procedurali nazionali: darwinisme judiciaire o l’office du juge come contre-pouvoir? -* 8. *Epilogo (in Italia): l’esigenza di una radicale differenziazione tra le cd. invalidità comunitarie e le nullità di protezione domestiche.* - 9. *Chiosa : la sentenza Eva Martín Martín c. EDP Editores SL, causa C -227/08, del 17 dicembre 2009. Tre considerazioni per una lettura (in)equivoca.*

1. **Introduzione: prologo (in Ungheria ed in Spagna).**

Non basta fare «*des lois pour protéger le consommateur, il faut encore donner aux consommateurs les moyens de faire respecter leurs droits*»¹.

¹ Così G. PAISANT, *Libres propos sur les modes alternatifs de règlement de la consommation*, in *Études de droit de la consommation. Liber amicorum J. Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 767 e, in termini simili, S. PIEDELIÈVRE, *Brèves remarques sur les nouvelles dispositions du Code de la consommation*

Questa notazione, pregnante ma in pari tempo stereotipa, ben si presta a sunteggiare due pronunce che dicono, per la verità, meno di quanto ci si poteva plausibilmente aspettare. Per una ragione molto

dues à la loi du 12 mai 2009, in *Gaz. Pal.*, 2009, p. 1732. Nella dottrina italiana, in luogo di tanti, v. P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in *Il diritto dei consumi*, I, a cura di P. Perlingieri e E. Carterini, Napoli, 2004, p. 9 ss. e G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Remedies in contract*, a cura di Vettori, Padova, 2008, p. 271 ss.



semplice: tutto il periodare della Corte ruota sì intorno a quelli che, con una formula empirica, si potrebbero denominare gli effetti processuali delle clausole abusive; ma il fatto è che il problema da dibattere – impatto, sul diritto processuale dei singoli Stati, dell'effetto utile della tutela assicurata dalla direttiva 93/13² – conosce troppe variabili perché lo si possa condensare in una motivazione di appena sette (§§ 29 – 35 nella prima) e sei (§§ 51 – 56 nella seconda) stringati paragrafi. Il difetto, probabilmente sta nella tecnica argomentativa adottata: il ragionamento della Corte non è infatti originale; nella sua formulazione *per extenso*, coniate a margine di una causa allora pendente³, lo si deve invero a quello stesso Avvocato generale che, non a caso, nel prologo della *Pannon* è ricordato come d'accordo nel «giudicare la causa senza conclusioni». E, sia detto per inciso, se la circostanza non è di per sé un'anomalia ha però il vistoso limite, proprio d'ogni apparato argomentativo sottinteso, di ingenerare una vischiosità concettuale che, a causa di quanto non viene detto, potrebbe in prospettiva dare luogo a non pochi travisamenti. Ma è meglio, per non affastellare subito in maniera prolettica troppe questioni, procedere con ordine, partendo anzitutto dai fatti che hanno originato le due domande di pronuncia pregiudiziale.

Dapprima la *Pannon GSM Zrt. c. E. S. Győrfi*: un contratto di abbonamento relativo alla fornitura di servizi di telefonia mobile con clausola che attribuisce la competenza, per tutte le controversie originatesi dal medesimo, al giudice del foro in cui si trova la sede del professionista. Una clausola quindi che, in forza dell'allegato alla direttiva 93/13, l'art. 33, 2 co., lett. u) c. cons., con gli effetti di cui

all'art. 36, 3 co., c. cons. classifica irrefutabilmente tra quelle da presumersi come vessatorie⁴. Per il fatto però che la non vincolatività di una clausola vessatoria, stante il combinato disposto degli artt. 209, n. 1, 235, n. 1 e 236, n. 1 del *PTK*, è invece subordinata dalla legge ungherese allo specifico presupposto che il consumatore la impugni utilmente, il giudice magiaro, adito per un'ingiunzione di pagamento presentata dalla società telefonica creditrice, solleva la questione se l'art. 6 della direttiva 93/13 non imponga piuttosto un sindacato giudiziale *ex officio* sulla natura abusiva di una siffatta clausola. Può essere utile rammentare la circostanza che, in passato, la medesima questione, relativamente all'esecuzione di un contratto di intermediazione per la vendita di un immobile, già si era presentata all'attenzione della Corte⁵: e solo la circostanza che i fatti contestati erano precedenti l'adesione dell'Ungheria all'Unione europea aveva impedito il formarsi di un pronunciamento.

Soltanto un po' più articolata risulta, si badi, la seconda vicenda (*Asturcom Telecomunicaciones S. L. c. Rodriguez Nogueira*): quel che infatti si trattava di appurare era se un giudice nazionale – spagnolo nella fattispecie-, adito per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale, emesso però *in assenza* del consumatore e divenuto definitivo *in quanto che* non era stata, nei termini, proposta alcuna azione di annullamento, fosse tenuto a rilevare d'ufficio la nullità della clausola arbitrale perché vessatoria. E la Corte di giustizia, nel segno di un suo controverso precedente⁶, per altro assai diverso, statuisce che, a partire dal momento in cui dispone degli elementi giuridici e fattuali necessari, ogni giudice è tenuto a valutare d'ufficio l'abusività di una siffatta clausola compromissoria onde il consumatore non abbia più a ritenersi vincolato. Ma, si prenda nota, c'è da sottolineare debitamente il fatto che la convenzione d'arbitrato contestata, pur'essa inclusa in un con-

² V., in special modo, tra le prime note di commento, T. PFEIFFER, *Prüfung missbräuchlicher Klauseln von Amts wegen (Gerichtsstand) - Güntigkeitsprinzip nach Wahl des Verbrauchers*, in *NjW*, 2009, p. 2369; L. IDOT, *Clause abusive: l'examen d'office*, in *D.*, 2009, p. 1690 e F. PICOD, *Obs.*, in *JCP G*, 2009, fasc. 25, p. 27. Spunti interessanti si leggono pure in P. FLORES – G. BIARDEAUD, *L'office du juge et le crédit à la consommation*, in *D.*, 2009, p. 2227 ss., spec. p. 2230 e p. 2232 e, nella dottrina italiana, in G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione. Contributo allo studio della sanatoria del negozio nullo*, p. 1 ss., p. 8 e p. 13 ss. (del manoscritto, consultato per gentile cortesia dell'autore)

³ V. le *Conclusioni* dell'Avvocato generale V. TRSTENJAK, nel caso *Eva Martin Martin c. Sociedad Limitada EDP Editores*, causa C-227/08, relativa 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 non, come si è creduto, la nullità (per altro totale) del contratto ma l'annullabilità. L'aver trascurato questo (importante) dettaglio è alla base dei numerosi equivoci che la sentenza del 17 dicembre 2009 è destinata prevedibilmente ad alimentare. V., comunque, *infra* § 9.

⁴ Nell'ordinamento francese la clausola attributiva di competenza è da intendere, ai sensi dell'art. 48 del code de procédure civile come non *non écrite*. E si parla, particolare quanto mai significativo per l'esperienza italiana, di una *nullité* che *prime* sulle regole seconde del diritto *spécial* dei consumi. V., per tutti, C. CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 397 ss.

⁵ V. Corte giust. CE, 10 gennaio 2006, causa C-302/04, *Ynos Kft c. János Varga*, in *Racc.*, 2006, I – 371 ss. Emblematiche, in tal senso, le *Conclusioni* dell'Avvocato Generale Tizzano (§§ 72 – 75).

⁶ V. Corte giust. CE, 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro c. Centro Mòvil Milenium sl*, in *Racc.*, 2006, I -10421. Un ampio commento critico di questo *dictum* si deve a 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. Nella dottrina francese meritano, *inter alios*, particolare attenzione i rilievi di J. MESTRE – B. FAGES, *Obs.*, in *RTD civ.*, 2007, p. 113 s. e di P. THÉRY, *Obs.*, *ibid.*, p. 633.



tratto di telefonia mobile, apparteneva al *genus* delle clausole arbitrali obbliganti il consumatore a rivolgersi *esclusivamente* ad una giurisdizione di arbitrale irriuale. E clausole siffatte, in virtù di quanto statuiscano sia l'allegato alla direttiva 93/13 (punto 1, lett. q) sia la lista nera -allegato II, lett. c)- annessa all'ultima proposta di direttiva sui diritti dei consumatori (art. 34), da sempre incontrano la ferma e decisa ostilità della Corte. Per di più, nella fattispecie decisa, risultava che era stato lo stesso ente arbitrale ad elaborare il contratto di telefonia su citato. Donde il domandarsi: *quid iuris* se la clausola avesse avuto il tenore di quella figurante -attualmente nell'art. 132 -1 del *code de la consommation* (ove il professionista è ammesso a vincere la presunzione di vessatorietà mediante *preuve contraire*)⁷ o se il consumatore ne avesse, di primo acchito, consapevolmente profittato? Non sono, si badi, interrogativi di poco momento perché, almeno ad avviso di chi scrive, c'è da dubitare alquanto che, al cospetto di una differente situazione fattuale, lo scopo di protezione dei diritti contrattuali dei consumatori avrebbe originato un *dictum* corredato, in alcuni snodi della motivazione, di un apparato argomentativo così *tranchant*. A tacere poi delle perplessità, lo si vedrà più avanti, che solleva l'idea di un lodo definitivo caducabile *ex officio*. Il ragionamento della Corte (e prima ancora dell'Avvocato generale), coll'insistere sull'esigenza di una deroga -*eccezionale*- pro consumatore al principio di autorità della cosa giudicata, spoglia invero di ogni certezza il professionista giacché, se la contrarietà di una clausola compromissoria con le norme nazionali di ordine pubblico, è valutabile *ope iudicis* persino in sede di esecuzione forzata, non ci sarà più nulla che potrà garantire al professionista che decisioni giudiziali ed arbitrali corredate della veste del giudicato risultino davvero *definitive*⁸. Di qui il rilievo, anticipatorio di quanto più avanti si potrà leggere: ma c'è un metodo in questo metodo oppure, nonostante il formale ossequio alla sentenza *Kapferer*⁹, l'esigenza di salva-

guardare i diritti del cd. contraente debole si impone alla stregua di un imperativo pragmatico che spiega tutto?¹⁰

2. La motivazione della Corte nella sentenza Pannon.

Tornando alla questione decisa per prima, uno solo, visti i precedenti¹¹, poteva essere, come anticipato, l'avviso, plausibilmente pronosticabile¹², della Corte: e, proprio quello, a chiare lettere viene esplicitato. Con un periodare conciso viene infatti chiarito

-che il giudice nazionale, chiamato a pronunciarsi sull'eventuale vessatorietà di una pattuizione contrattuale, ha l'obbligo di esaminare d'ufficio la questione, «a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine» (§ 32);

-che, nell'assolvere ad un siffatto obbligo, il giudice non deve però disapplicare il precetto contrattuale ove il consumatore, reso edotto della circostanza, non intenda eccepire la natura abusiva della clausola (§ 33);

- che, sulla scorta di siffatte premesse, contrasta con l'art. 6, n. 1, della direttiva 93/13 una legislazione che rimetta la statuizione di non vincolatività ad una domanda od eccezione di parte. Quindi epicedio (definitivo?)¹³ dell'annullabilità così come

tà della cosa giudicata viene a rivestire pure nell'ordinamento giuridico comunitario).

⁷ V., in special modo, G. BIARDEAUD - P. FLORÈS, *Le contentieux du droit de la consommation*, éd. ENM, 2005, I, p. 94. Critico, viceversa, C. NOURISSAT, *Nouvelles précisions sur l'office communautaire du juge national*, in *Proc.*, 2009, août-septembre 2009, p. 19.

¹¹ V. Corte giust. CE, 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, in *Racc.*, 2000, I - p. 4941 ss (§§ 25 - 27); Corte giust. CE, 21 novembre 2002, causa C-473/00, *Cofidis*, in *Racc.*, 2002, I - p. 10875 (§§ 32 e 34); Corte giust. CE, 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro c. Centro Mòvil Milenium sl*, cit. (§§ 26, 36 e 38) e Corte giust. CE, 4 ottobre 2007, causa C-429/05, *Rampion*, in *Racc.*, 2007, I - p. 8017 ss.

¹² V. T. PFEIFFER, *Prüfung missbräuchlicher Klauseln von Amts wegen (Gerichtsstand) - Günstigkeitsprinzip nach Wahl des Verbrauchers*, cit. p. 2369 e, nella medesima prospettiva, sia G. POISSONNIER, *La CJCE franchit une nouvelle étape vers une réelle protection du consommateur*, in *D.*, 2009, p. 2312 ss. che G. PAISANT, *L'obligation de relever d'office du juge national*, in *JCP éd. G*, 2009, fasc. 42, p. 33.

¹³ La ragione dell'interrogativo sta nel fatto che risulta pendente un'altra causa -la C-137/08, *VB Pénzügyi Lizing Zrt c. Schneider*- ove la questione pregiudiziale verte sul fatto che la rilevanza debba esplicarsi pure per una clausola sì di deroga al foro del consumatore ma attributiva della competenza territoriale ad un organo giurisdizionale ubicato *non lontano* dalla sede del professionista. E, va detto, sulla scorta delle considerazioni che

⁷ Sulla clausola «*obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions legale ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges*», introdotta dall'art. 2 del decreto n. 2009 -302 del 18 marzo 2009, v. la sintesi d'informazione in *Revue de l'arbitrage*, 2009, p. 456 s. Sul fatto che il modello francese sia meno rigido di quanto risulta dalla proposta, su citata, di direttiva sui diritti dei consumatori (cfr. considerando n. 50), v. TH. CLAY, *Obs.*, in *D.*, 2008, *pan.*, p. 3113.

⁸ V., in special modo, E. BERNADSKAYA, *L'office du juge et les clauses abusives: faculté ou obligation?*, in *RDA*, 2009, n° 42, p.71 s. Ritene invece che tutto dipenda dal genere di diritto europeo (dei contratti) che si intenda abbracciare e (coltivare) F. PICOD, *Obs.*, cit. p. 27.

⁹ Corte giust. CE, 16 marzo 2006, causa C-234/04, in *Racc.*, 2006, I - p. 2585 (§ 20, sulla rilevanza che il principio di autori-



d'ogni altra tecnica invalidante che dovesse incentrarsi sull'agere del consumatore quale *conditio sine qua non* per espungere dal regolamento contrattuale una clausola vessatoria. Quella stessa annullabilità o impugnabilità (*Anfechtbarkeit*) che, si badi, aveva riscosso più di un'adesione nella dottrina italiana¹⁴ ed in molte legislazioni europee¹⁵.

E d'altra parte, giova ripeterlo, non poteva essere altrimenti: c'era il precedente di *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*¹⁶, ove una clausola dello stesso tenore, previamente redatta da un professionista, era stata giudicata rispondente a tutti i criteri per venire qualificata come abusiva ai sensi della direttiva. Anzi, sotto questo aspetto, dalla Corte ci si poteva plausibilmente attendere un tono meno allusivo (o, comunque, meno involuto). Visto infatti che la clausola in deroga al foro esclusivo del consumatore, quale che sia il tipo di contratto, in quanto a vantaggio del professionista e senza alcuna utilità corrispettiva per la controparte, dimidia l'effettività della tutela giurisdizionale riconosciuta al consumatore, si poteva concludere, proprio nel segno di questo precedente, che era possibile accertare *illico et immediate* la vessatorietà: senza dover passare per una previa disamina (delle circostanze esistenti al momento della stipula) nonché per una valutazione dei vantaggi e svantaggi collegati a tale clausola nel diritto nazionale applicabile al suddetto contratto. Invece la Corte, richiamandosi all'importante precedente di *Freiburger Kommunalbauten GmbH c. Hofstetter (C-237/02)*¹⁷, rigetta una diretta statuizione di abusività conseguente all'applicazione, ad una clausola specifica, dei criteri generali –buona

fede e significativo squilibrio- definiti nell'art. 3 della direttiva 93/13 e si orienta per la formula (ambigua *seu* evasiva) di un giudice nazionale tenuto a considerare *abusiva* una clausola contenuta in un contratto, non oggetto di negoziato individuale, «volta ad attribuire la competenza esclusiva al tribunale della circoscrizione in cui si trova la sede del professionista». Con una evidente pecca: nella *Freiburger Kommunalbauten GmbH c. Hofstetter* il dispositivo di *Océano* è sì escluso ma sol perché era tutto da stimare che una clausola di pagamento anticipato dell'intero prezzo, con annessa garanzia bancaria per il caso di mancato o inesatto adempimento, fosse tale da importare, per il consumatore, un significativo squilibrio¹⁸. Quindi un richiamo –v. i §§ 37 e 38- non proprio calzante. E poi: se, stando al periodare della Corte, il giudice comunitario interpreta i criteri astratti della buona fede e del significativo squilibrio, perché è di pertinenza invece del giudice nazionale vagliare con questo doppio standard la clausola controversa (art. 34, 1 co., c. cons.), *quid iuris* per la cd. *black list* dell'art. 36, 2 co., ll. a-c, c. cons., trattandosi di clausole che si presumono irrefragabilmente come vessatorie?¹⁹ Seguendo il periodare della Corte si avrà invero come risultato che il sindacato giudiziale troverà sì modo di esplicarsi ma solo allorché risulti dibattuta una clausola della lista grigia (art. 33, 2 co., c. cons.), se il professionista allega la prova contraria dell'assenza di un significativo squilibrio, oppure se la clausola contestata è *hors liste* (in quanto esula da qualsiasi catalogo normativo). Ma non, si prenda nota, nel primo caso: ed è un approccio la cui correttezza è tutta da valutare²⁰.

seguiranno nel testo, è tutto da appurare che il *dictum* della Corte sia nel segno desumibile dalla *Pannon*.

¹⁴ Dapprima con U. MORELLO, *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Notar.*, 1996, p. 294 e poi con F. D. BUSNELLI, *Una possibile traccia per una analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in *Commentario Bianca – Busnelli*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 757 ss. Per un quadro dubitativamente critico v., in luogo di tanti, E. NAVARRETTA, *sub art. 1469-quinquies*, comma 2, *ibid.*, p. 1223 ss. Per una puntuale ed analitica disamina del problema v., *inter alios*, E. CAPOBIANCO, *sub art. 36*, in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, a cura di E. Capobianco e G. Perlingieri, Napoli, 2009, p. 200 s.

¹⁵ V., esemplificativamente, l'art. 233 del codice civile olandese e l'art. 55 del codice civile ceco.

¹⁶ V. Corte giust. CE, 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, cit.

¹⁷ Che si può leggere in *Racc.*, 2004, I, p. 3403 ss. Per un primo commento si vedano K. MARKWARDT, *Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln durch den EuGH*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2005, p.152 ss.; A. RÖTHEL, *Missbräuchlichkeitskontrolle nach der Klauselrichtlinie: Aufgabenteilung im supranationalen Konkretisierungsdialo*, in *ZeUP*, 2005, p. 421 ss. e M. W. HESSELINK, *Case note*, in *ERCL*, 2006, p. 366 ss. Nello stesso senso Corte giust. CE, 7 maggio 2002, causa C-478/99, *Commissione/Svezia*, in *Racc.*, 2002, I – p. 4147, spec. §§ 18 ss.

¹⁸ Come si può ricavare dalle *Conclusioni* presentate, relativamente a questa causa, dall'Avvocato generale L. A. Geelhoed (§§ 23, 25, 29 e 30).

¹⁹ Sul fatto che, in questo caso, il giudice non avrebbe modo di manifestare la sua «*vocation à exercer son pouvoir*», v. N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Obs.*, in *Droit des contrats* (dir. J. Ghestin), in *JCP G*, 2009, n. 51, p. 43.

²⁰ Così F. ASTONE, *sub art. 1469-quinquies*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di Barenghi, Napoli, 1996, p. 197 ss. e G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, c. 155. Per l'idea invece che, quanto alla lista nera, la vessatorietà possa venire neutralizzata mediante un controllo contenutistico diverso dalla prova della trattativa v. G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, p. 10.



3. L'art. 6 della dir. 93/13 come norma imperativa di ordine pubblico e l'obbligo giudiziale di rilevabilità: due chiose critiche.

Comunque sia di ciò, si può però ragionevolmente dire, quanto all'enunciazione di un obbligo di accertamento officioso seguito da un dovere di disapplicazione della clausola abusiva (sempre che il consumatore non vi si opponga), *quod erat in votis*, almeno *de iure condito*? C'è, in verità, di che dubitarne e, comunque, anche a voler condividere il ragionamento della Corte, non nei termini in cui essa ha provveduto ad enunciarlo²¹. Per due ragioni principalmente.

La prima si può così condensare: è vero che escludere la rilevabilità d'ufficio significa *brider* (alla lettera imbrigliare) i poteri del giudice nell'ambito ov'essi appaiono più necessari²². Quindi, per questo motivo, *nulla quaestio* sul fatto che il giudice, nelle controversie aventi per oggetto delle clausole vessatorie, debba rivestire o recitare un ruolo attivo²³. D'altronde se, da una parte, gli artt. 3 - 6 della direttiva 93/13, in quanto *norme attributive* ai consumatori di situazioni giuridiche soggettive, sono delle prescrizioni imperative e se, dall'altra, è onere dei giudici nazionali integrare e meglio definire l'elenco delle clausole abusive²⁴, va poi da sé che la rilevabilità officiosa si lasci preferire, come tecnica, al previo compiersi di un separato atto di impugnativa. Si invoca, a tal riguardo, il principio di effettività della tutela giurisdizionale²⁵. E, va detto, con piena pertinenza: che lo si declini poi come «effettività qualitativa del risultato conseguibile da chi agisce» ovvero, seconda la classica impostazione chiovendiana, in termini di garanzia processuale di tutto quello e proprio quello che l'attore ha diritto di ottenere²⁶. Ma, giova evidenziarlo, basta tutto questo ad alimentare il convincimento che la Corte di Giustizia, per il tramite della

Pannon, abbia davvero inteso definitivamente archiviare la questione dei poteri officiosi del giudice quand'egli maneggia la direttiva sulle clausole abusive? Non è così sicuro: bisogna infatti considerare che un obbligo d'accertamento d'ufficio, prodromico sì alla disapplicazione della clausola abusiva, ma corredato dal limite che il consumatore non vi si opponga, è formula troppo interlocutoria perché serva davvero a dirimere le complesse questioni, sostanziali e di diritto processuale, che sullo sfondo rimangono irrisolte. Il criterio, tanto per esemplificare, vale in caso di incompletezza informativa o di clausola arbitrale (che il consumatore di malafede abbia dapprima invocato e successivamente eccepito)? E che dire per le fattispecie ove il legislatore comunitario ha preferito sancire l'*irrinunciabilità* dei diritti conferiti dalla direttiva? Tutte questioni che neppure il dispositivo della *Eva Martin Martin*, riproducendosi null'altro che un canovaccio argomentativo standard, ha mostrato per la verità di voler visionare.

La seconda obiezione, che si può formulare, non è di minor pregio. La distinzione tra valutazione d'ufficio (dell'abusività di una clausola) e sua disapplicazione (salvo che il consumatore non vi si opponga) è senza dubbio funzionale alla ricostruzione di quanti intendono la cd. nullità di protezione come una vicenda che importa una necessaria torsione dei principi processuali. Certo, è vero che questa ricostruzione non esita in una prospettiva apparentabile alla formula francese di un diritto processuale dei consumi connotato da un *particularisme procédural*²⁷: ma è innegabile ch'essa, nell'immaginare ora una constatazione *ope iudicis* (che incontra il limite della domanda contraria della parte protetta) ora una rilevabilità accogliente il *petitum* del consumatore, quand'anche la sua *causa petendi* sia diversa (ove risulti il solo modo per non farlo soccombere)²⁸, si iscrive nella medesima logica. Il richiamo, che pure da ultimo si è fatto²⁹, ad una «procedimentalizzazione dell'esercizio dei poteri d'ufficio del giudicante attraverso il preventivo

²¹ Per una ricostruzione critica della pregressa giurisprudenza comunitaria v. S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di giustizia*, in AA. VV., *Le forme della nullità*, (a cura di S. Pagliantini), Torino, 2009, p. 27 ss.

²² V. H. CROZE, *Pouvoir de relever d'office les moyens tirés du Code de la consommation*, in *Proc.*, n. 80, p. 19.

²³ Cfr. G. POISSONNIER, *Obs.*, in *Gazette du Palais*, 2009, p. 27.

²⁴ Lo si ricava da Corte giust. CE, 7 maggio 2002, causa C-478/99, *Commissione/Svezia*, cit. spec. §§ 18 ss.

²⁵ V., per tutti, R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008, p. 7 ss.

²⁶ Così R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, cit. p. 11 e L.P. COMOGLIO, *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 1070. La citazione chiovendiana è tratta da *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1935 (ristampa 1965), p. 39 ss.

²⁷ Così D. MAZEAUD, *Ordre public et aménagement de la prescription*, in in *Les désordres de la prescription*, Paris, 2008, p. 94.

²⁸ 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*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, IV (*Rimedi - I*, a cura di A. Gentili), Milano, 2006, p. 86 s.

²⁹ V., dettagliatamente, S. MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo atto della Corte di Giustizia*, in *Contratti*, 2009, p. 1122.



necessario interpello del consumatore», ne è un'attestazione emblematica.

Ora, il fatto è che, in realtà, sembra pure ipotizzabile una lettura alternativa, di stampo sostanziale, che meglio –sembra- si amalgama con i principi del processo civile italiano: basta infatti, se tutto poi si risolve in un potere del consumatore di non invocare la natura abusiva della clausola (§ 33)³⁰, muovere dalla premessa, solitamente confutata ma con argomenti per vero non sempre irresistibili, che la nullità delle clausole vessatorie è convalidabile. E siccome già altrove si è chiarito³¹, a tal proposito, quale griglia argomentativa è in grado di suffragare una siffatta asserzione, non rimane qui che esporre un'ordinata replica alle controdeduzioni che, pure da ultimo, alla tesi della convalidabilità sono state articolatamente opposte.

4. La convalidabilità, col corredo di quattro argomenti, delle clausole vessatorie.

Il primo argomento è quello dell'ancillarità della convalida al solo contratto annullabile³². Il che, sia detto per inciso, è vero: se non fosse che qui non si ipotizza un'applicazione estensiva o analogica dell'art. 1444 c.c., bensì la validazione successiva di una clausola che nasce nulla³³. D'altro canto è noto che l'art. 1423 c.c. annovera una chiusa eccezionale – 'se la legge non dispone diversamente' - e, nonostante il contrario avviso di alcuni³⁴, da nessun

indizio risulta ch'essa debba essere espressa³⁵. Il principio di adattabilità dell'effetto al fatto, nel convincimento che ogni norma contenga un criterio elastico di «orientamento dell'efficacia»³⁶, sembra offrire la veste dogmatica occorrente a supportare una siffatta conclusione.

Il secondo argomento è quello che fa leva su di un'attitudine incipiente della convalidabilità a vulnerare qualsiasi standard elevato di tutela del consumatore: il che, pur a voler riconoscere all'art. 6 della direttiva 93/13 lo stesso rango riservato alle norme di *ordine pubblico*³⁷, non sembra proprio essere. Basta, per vero, aver cura di rilevare che la convalida (di una clausola nulla) va soggetta, in quanto presupposto generale, alla medesima condizione di ammissibilità di cui all'art. 1444, 3 co., c.c. : dovendo, *chi la esegue, trovarsi in condizione di concludere validamente un contratto*. Una circostanza, ovviamente, che dovrà poi il giudice apprezzare *ex professo* onde accertare la serietà e la consapevolezza dell'agire sanante³⁸.

Come terzo argomento, invece, si è soliti indicare quello di una pretesa alterità della convalida con le regole processuali che governano la nullità degli atti di autonomia privata. L'idea è declinata in due modi: nella prima versione si dice o la nullità (della clausola vessatoria) esiste, ed allora deve essere rilevabile (ed in convalidabile); oppure se la nullità, in quanto di protezione, ha bisogno di una eccezione di parte (dove la convalidabilità), per ciò stesso non esiste come tale e non è vera nullità. *Tertium non datur*. Nella seconda prospettiva, contigua alla precedente ma diversa, a venire in rilievo è invece il

³⁰ E' dell'avviso invece, ma apoditticamente, che l'opposizione del consumatore abbia un rilievo marginale nell'economia argomentativa della Corte in quanto che «on imagine ... assezmal le consommateur, dûment informé de l'enjeu, refuser le bénéfice de la protection que le juge lui propose», G. PAISANT, *L'obligation de relever d'office du juge national*, cit. p. 36.

³¹ V., *amplius*, S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida*, cit. pp. 40 - 49.

³² E' l'opinione di E. LA ROSA, *sub art. 1444*, in R. TOMMASINI - E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento*, in *Il Codice Civile. Commentario* diretto da F. D. Busnelli, Milano, 2009, p. 204 s.

³³ V., diffusamente, G. D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, p. 744; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, pp. 441 - 447; S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, p. 167 ss. e G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione. Contributo allo studio della sanatoria del negozio nullo*, cit. p. 2, p. 4, p. 15, p. 19 ss.

³⁴ Così, ad es., P. SCHLESINGER, *Considerazioni del coordinatore, in Spontaneità del mercato e regole giuridiche. Considerazioni del coordinatore*, Milano, 2003, p. 13; P. RESCIGNO, *Delegazione (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 963 (ove poi la constatazione che le fattispecie, «testualmente previste, di conferma del negozio nullo non sono riconducibili a principi comuni»: il corsivo non è nel testo); G. GIACOBBE, *Convalida*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 482 s. e R. TOMMASINI, *Introduzione: l'azione di annullamento ed i suoi presupposti*, in R.

TOMMASINI - E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento*, cit. p. 16.

³⁵ Cfr. P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1986, p. 122; S. POLIDORI, *Discipline della nullità ed interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 72 ss.; S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., p. 80, p. 196 e p. 201. Si veda poi, nel dettaglio, quanto scrive chi invita a non considerare le *diverse disposizioni* «come norme eccezionali nel senso forte dell'art. 14 Preleggi» (A. BELVEDERE, *Nullità nel codice civile e nella legislazione speciale*, in AA. VV., *Abusivismo edilizio ed invalidità negoziale*, Milano, 1994, p. 44. Di un art. 1423 come norma che introduce la convalida «sotto veste di caso speciale» parla R. SACCO, *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Rodolfo Sacco, Torino, 2005, p. 46 e pp. 161 - 163.

³⁶ Sul principio di adattamento v., per tutti, A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, ora in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1997p. 470. La citazione è invece tratta da R. TOMMASINI, *Introduzione: l'azione di annullamento ed i suoi presupposti*, cit. 24.

³⁷ Come si legge nella motivazione di Corte giust. CE, 26 ottobre 2006, causa C-168/05, *Mostaza Claro c. Centro Mòvil Milenium sl*, cit. § 38 della motivazione. Diffusamente, sulla questione, v. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione. Contributo allo studio della sanatoria del negozio nullo*, cit. p. 33 ss., p. 38 ss. e p. 47 ss.

³⁸ V., sulla questione, E. LA ROSA, *sub art. 1444*, cit. p. 169.



dato fattuale per cui un consumatore, il quale abbia «*maladroitement organisé sa défense*»³⁹, non può essere privato delle utilità assicurategli da certe norme di legge. E la figura della convalida implicita, si lascia intendere, finisce per avere il torto, nell'ottica di un ordine pubblico che «*n'est pas seulement ... de protection, mais aussi de direction*»⁴⁰, di rendere «*purement théorique la protection légale*» di cui il consumatore beneficia.

Ora, pur se suggestive, queste due notazioni non persuadono. Per tre motivi, tutti di estrazione edittale. Tanto per cominciare bisogna riflettere sulla circostanza che

- a) l'art. 183, 4 co., c.p.c. eccezion fatta per le ipotesi di illiceità negoziale (art. 1343 c.c.), sembra rimettere l'effettiva convalida/irrelevabilità alla valutazione discrezionale del giudice (cioè ad un accertamento il cui oggetto verte sul comportamento *responsabilmente* convalidativo del consumatore quale risulta dall'esame dei suoi scritti difensivi)⁴¹. Quindi non è un problema di inammissibilità (concettuale) della convalida quanto -e piuttosto- di verificabilità giudiziale *in concreto* della medesima. D'altronde se la nullità, com'è stato scritto, non è più soltanto «giudizio di liceità» ma pure criterio valutante la «meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti alla stregua dei valori di un ordinamento storicamente dato»⁴², non si vede cosa impedisca di reputare meritevole una condotta *consapevolmente* validativa. Né è da trascurare il fatto che
- b) lo stesso canovaccio di cui sopra, ma nel caso in cui la causa sia già stata *riservata* per la decisione, ricorre nel nuovissimo 101, 2 co., c.p.c. (se è vero che il giudice, allorché ritenga di porre a fondamento della propria decisione una questione rilevabile d'ufficio, deve a pena di nullità, «nel riser-

varsì la decisione, assegnare alle parti un termine per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla questione medesima»⁴³. Donde la constatazione che, financo in questa fase, è certificabile un comportamento attestante la volontà del consumatore di «*confermare la validità [del] contratto*»⁴⁴. Senza trascurare, quanto alle convenzioni arbitrali, che

- c) la partecipazione operosa del consumatore alla nomina del collegio, senza nulla eccepire riguardo alla mancanza di un valido accordo arbitrale, seguita da comparizione e contestazione nel merito, «costituisce una manifestazione di volontà» che esprime a pieno titolo un contegno validativo⁴⁵. Obiettare, com'è stato fatto⁴⁶, che la «rinuncia implicita a fare valere la nullità ha [soltanto] una valenza limitata al processo» visto che impedisce «al giudice l'esercizio dei suoi poteri officiosi», limitandosi unicamente ad escludere «l'ammissibilità di un successivo gravame sul punto», non persuade: e non solo perché quest'effetto preclusivo, come pure d'altro canto viene riconosciuto, genera una situazione di autentica *inimpugnabilità*⁴⁷. Gli è infatti che, nella fattispecie de-

³⁹ Così G. POISSONNIER, *La CJCE franchit une nouvelle étape vers une réelle protection du consommateur*, cit. p. 2314 (pure per la citazione successiva).

⁴⁰ Questo il convincimento, almeno, di G. PAISANT, *L'obligation de relever d'office du juge national*, cit. p. 36 nonché di P. FLORES – G. BIARDEAUD, *L'office du juge et le crédit à la consommation*, cit. p. 2228 e, nella dottrina italiana, di R. TOMMASINI, *Introduzione: l'azione di annullamento ed i suoi presupposti*, cit. p. 19 (ove per interesse generale si intende quello al «regolare funzionamento del mercato» ed alla «tutela della dignità della persona umana»). V., poi, le *Conclusioni* dell'Avvocato generale Mengozzi a Corte giust., 4 ottobre 2007 (*Rampion*), cit. § 89.

⁴¹ E' di tutt'altro avviso S. MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo atto della Corte di Giustizia*, cit. p. 1122 s.

⁴² E' quanto si legge in R. TOMMASINI, *Introduzione: l'azione di annullamento ed i suoi presupposti*, cit. p. 24 s.

⁴³ Come fa notare G. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile (un primo commento della L. 18 giugno 2009, n. 69)*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 771 s. la disposizione sta a significare che il rilievo officioso della questione avviene «dopo la precisazione delle conclusioni o tutt'al più nel corso dell'eventuale udienza di discussione orale». Per il rilievo che il *dictum Pannon* incide assai poco nel diritto processuale tedesco (§§ 38 e 39 ZPO) v. T. PFEIFFER, *Prüfung missbräuchlicher Klauseln von Amts wegen (Gerichtsstand) - Günstigkeitsprinzip nach Wahl des Verbrauchers*, cit. p. 2369.

⁴⁴ Così, significativamente, V. TRSTENJAK, *Conclusioni*, nella causa *Martin Martin c. Sociedad Limitada EDP Editores*, causa C-227/08, § 92 (corsivo aggiunto).

⁴⁵ Nella dottrina tedesca v., per tutti, VOIT, in H. J. MUSIELAK, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, München, 2005, sub § 1031, p. 2494 e, in quella italiana, dapprima F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano⁴, 2007, IV, p. 403 s., successivamente A. MOTTO, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 99 ss. Un quadro della questione, da ultimo, si legge pure in G. RUFFINI, sub art. 817 c.p.c., in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, p. 1312 s.

⁴⁶ Cfr. S. MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo atto della Corte di Giustizia*, cit. p. 6 (del manoscritto).

⁴⁷ Secondo S. MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo atto della Corte di Giustizia*, cit. p. 1123, siccome l'opposizione del consumatore ha natura di una preclusione con effetti meramente endoprocessuali, non potrà produrre effetti al di fuori del giudizio ove si è manifestata: donde il riespandersi della legittimazione del consumatore a far valere la nullità in caso di estinzione del processo ovvero quando «relativamente allo stesso rapporto consumeristico sia incardinato un successivo diverso giudizio». Il che, sia



scritta, non si materializza tanto *sic et simpliciter* un'omissione quanto piuttosto una serie di *facta concludentia* orientati all'obbiettivo di conseguire il risultato di una vicenda *stricto sensu* sanante⁴⁸. E l'art. 817, 2 co., c.p.c., nel riconoscere al comportamento del convenuto, costituitosi di fronte agli arbitri e difesosi nel merito, la rilevanza di fatto impeditivo di una succedanea impugnativa del lodo, corrobora un siffatto modo di ragionare⁴⁹.

Orbene, se si combinano questi tre dati si ottiene il seguente risultato: che il giudice non rileva la nullità della clausola abusiva, ove abbia previamente accertato una responsabile, perché consapevole, volontà sanante in quanto questa –semplicemente– non c'è più⁵⁰. *Rectius* non è più nulla. E il tutto senza alcuna torsione o deroga al disposto dell'art. 1421 c.c. L'apparato argomentativo di *Eva Martin Martin* (C -227/08), sebbene l'equivoco interpretativo che l'ha originata finisca per renderla assai poco pro-

bante⁵¹, nulla aggiunge e nulla toglie ad un siffatto periodare.

Si è affacciato poi da ultimo un quarto argomento, il più articolato (e ficcante). Esso si incentra dapprima sulla constatazione che il fatto del non opporsi postula un *agere* del consumatore comunque da riferire ad un «processo già instaurato e, quindi, con la garanzia del controllo dell'autorità giudiziaria»⁵². Il che, si badi, è corretto: ma, la replica è istintiva, ipotizzare una convalida ad una sola forma manifestativa -quella giudiziale- non equivale evidentemente a spogliare di ogni valore emendativo (del vizio) la spontanea condotta *endoprocessuale*, inequivocamente validativa, del consumatore. Quanto poi al rilievo (complementare) che insiste sull'insanabilità dei patti (successivi) in deroga ad una previsione cogente di irrinunciabilità (v. l'art. 22, § 2 della dir. 2008/48, sui contratti di credito ai consumatori oppure l'art. 12, § 1 della dir. 2008/122, sui contratti di *timesharing* immobiliare), si può replicare ch'esso, pur se fosse vero, non osterebbe comunque al (legittimo) delinarsi di un comportamento sanante: non foss'altro per il fatto che, come altrove è capitato di scrivere, quanto è proprio delle clausole vessatorie non è detto che debba mostrarsi ancillare a tutte le ipotesi di non vincolatività/*unenforceability* iscrivibili nella classe della cd. invalidità comunitaria.

Con il che c'è modo di formulare un altro interrogativo: ma il dispositivo della *Pannon* si adatta, nel senso che è parcellarmente proprio, alle sole clausole vessatorie o la Corte ha inteso formalizzare uno schema regolativo –rilevabilità/disapplicazione o convalida- accomunante tutte le fattispecie ove, di volta in volta, si fa parola di

-non vincolatività (art. 6 dir. 93/13 ed art. 7, § 1, dir. 99/44, sulla vendita di beni di consumo),

-irrinunciabilità (art. 6 dir. 85/577 sui contratti conclusi fuori dei locali commerciali; art. 12, § 1, della dir. 97/7 sui contratti a distanza; art. 12, § 1, dir. 2002/65, sulla contrattazione a distanza di servizi finanziari) o

detto per inciso, è esatto: ma se, è chiaro, si muove dall'assunto di una previa esclusione, per la suddetta opposizione, di una qualsiasi valenza sanante. Ove infatti dovesse avere natura di convalida, essa verrebbe viceversa a spiegare i suoi effetti pure nel caso in cui il giudizio, ove si è dapprima materializzata, non giunga a conclusione. Per un richiamo complessivo al problema v., comunque, G. RUFFINI, *sub* art. 817 c.p.c., cit. p. 1313 e, per una convincente analisi critica, G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione. Contributo allo studio della sanatoria del negozio nullo*, cit. p. 9 ss., p. 15 e p. 18 ss.

⁴⁸ Sulla sanatoria del vizio ex art. 829, n. 1 c. p. c., v. S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo rituale*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 849. Per il rilievo che, «qualora l'interesse protetto dalla norma sia stato in concreto soddisfatto, la tecnica della nullità... diventa disponibile», v. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione. Contributo allo studio della sanatoria del negozio nullo*, cit. p. 52.

⁴⁹ Come fa notare F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., IV, p. 403 se fosse vero che è questione soltanto di una mera decadenza processuale, allora la «regola enunciata dall'art. 817 c.p.c. dovrebbe applicarsi anche quando la parte, legittimata a sollevare l'eccezione, non ha preso parte attiva al processo arbitrale». Il che non può essere in quanto obbligherebbe la parte, chiamata all'arbitrato, a costituirsi per opporre la non decidibilità «per qualunque ragione diversa dalla non arbitrabilità della controversia». *Contra* M. BOVE, *Aspetti problematici della nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, in *Giust. proc. civ.*, 2006, p. 72 e S. MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo atto della Corte di Giustizia* cit. p. (nt. 17, nell'ottica di una mera «preclusione processuale»).

⁵⁰ Così G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, cit. p. 744 e S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida*, cit. p. 48. L'ammissibilità di una convalida della nullità di protezione si legge, con stringente argomentazione, in 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, pp. 248 – 250.

⁵¹ Ai sensi dell'art. 4, 1co. della legge 26/91 il contratto, si legge, «*podrà ser anulado a instancia del consumidor*». Ed è vero che l'art. 4, 2 co. prosegue stabilendo che «*en ningún caso podrá ser invocada la causa de numida por el empresario*»: ma la dottrina è unanime nel rilevare che trattasi di annullabilità. V. *inter alios*, J. DELGADO ECHEVERRIA – M. A. PARRA LUCÀN, *Las nulidades de los contratos*, Madrid, 2005, p. 60 s. e M. P. GARCIA RUBIO, *La forma en los contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles. Una aproximación al formalismo como característica del Derecho del consumo*, in *AC*, 1994, p. 285.

⁵² Così G. DE CRISTOFARO, *Le invalidità negoziali «di protezione» nel diritto comunitario dei contratti*, in *AA. VV.*, *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, cit. p. 197.



-immodificabilità *in peius* (art. 5, § 3, dir. 90/314 CEE sui viaggi, le vacanze ed i circuiti 'tutto compreso') ?

Secondo la stessa dottrina poc' anzi richiamata la tassonomia della cd. invalidità comunitaria sottende una radicale insanabilità nelle fattispecie sub *b*, mentre niente parrebbe escludere una sanatoria per le ipotesi, che sono però tutto sommato marginali, di cui alla lettera c)⁵³. Tutto dipende dal fatto, si ha modo di evidenziare, che mentre la direttiva 93/13 non predispone un contenuto minimo del contratto, vietando soltanto l'inclusione di talune clausole nel regolamento negoziale, in tutte le fattispecie di irrinunciabilità sono invece riconosciuti, tramite la tecnica dei *Mindestangaben*, dei diritti. Di talché, vien fatto notare, il regime corrispondente non può non essere «più rigoroso e rigido del primo»⁵⁴. D'altronde, se così non fosse, si chiosa, perché mai il legislatore comunitario avrebbe fatto ricorso a delle disposizioni *ad hoc* che «esspressamente sanciscono [l'indisponibilità]» ?

5. La tassonomia delle cd. invalidità comunitarie: la convalida come regola organica alle sole clausole vessatorie ? Critica: Convalida e fattispecie di irrinunciabilità dei diritti.

Orbene, quanto testé riferito *prima facie* sembra cogliere nel segno: c'è, in effetti, una radicale differenza tra il caso di un interesse protetto per il tramite di norme dispositive a *derogabilità condizionata*⁵⁵ e quello di un interesse garantito con l'ausilio di formalità modali –prospetti o documenti informativi– di *avviamento al contratto* (*Vertragsanbahnung*)⁵⁶, attributive di diritti. Senonché c'è da dubitare che questa differenza di struttura sottenda un diverso tipo di protezione sostanziale dell'interesse. L'impressione infatti è che il dispositivo della Corte, quanto alla coppia obbligo di rilevare/opposizione, valga per *tutti* i contratti di consumo (mentre non è detto che debba valere, invece, per

⁵³ V., lucidamente, G. DE CRISTOFARO, *invalidità negoziali «di protezione» nel diritto comunitario dei contratti*, cit. pp. 202 – 205.

⁵⁴ Cfr., diffusamente, G. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.* p. 200 (pure per la citazione che segue).

⁵⁵ La felice espressione si deve a G. D'AMICO, *La formazione del contratto, Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 69.

⁵⁶ L'elegante espressione si legge in C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 49 (nt. 39). V., pure, G. B. FERRI, *Diritto dei contratti e Costituzione europea*, ivi, p. 25. Sia consentito poi il richiamo a S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, p. 34 ss.

tutte le irregolarità)⁵⁷. E comunque, pure a riconoscerlo esatto, un ragionamento del tenore descritto conosce il limite di porre una (correlata) questione di *congruenza teleologica* e di *coerenza sistematica* della tutela consumerista. Non si vede infatti, riguardo al primo aspetto, per quale ragione l'irrinunciabilità (art. 143 c. cons.)⁵⁸ non si possa coniugare a vicende transattive e/o dispositive, succedanee naturalmente al sorgere del diritto, ove risulti acclarato che l'effetto validativo si dipana in quanto *posterius* rispetto al preventivo accertamento sostanziale dell'avvenuta soddisfazione dell'interesse del consumatore. Mentre, si prenda nota, con riferimento al secondo profilo vale la constatazione che un'irredimibile insanabilità di ogni pattuizione rinunziativa da un lato si scontra col disposto dell'art. 134 c. cons. (il quale, per quanto estensivamente lo si legga, comunque non si può dire communi la nullità per i patti ed i negozi rinunziativi effettuati in un momento successivo alla denuncia del difetto), dall'altro mal si adatta all'idea, ben nota alla giurisprudenza formatasi a margine dell'art. 79 della l. 392/1978⁵⁹, che i diritti riconosciuti da norme imperative sono disponibili *una volta sorti*. E l'art. 79, si prenda nota, è dai più considerato norma di ordine pubblico di *direzione*: quindi provvista di un coefficiente d'inderogabilità maggiore di quanto spetti ad una qualsiasi norma consumerista (cioè d'ordine pubblico di *protezione*). Verrebbe infine da osservare: se può essere apodittico sostenere che il

⁵⁷ Come sembrano orientati a credere G. POISSONNIER, *La CJCE franchit une nouvelle étape vers une réelle protection du consommateur*, cit. p. 2314; G. PAISANT, *L'obligation de relever d'office du juge national*, cit. p. 36; P. FLORES – G. BIARDEAUD, *L'office du juge et le crédit à la consommation*, cit. p. 2231 e, prima ancora, J. P. PIZZIO, *Le droit de la consommation à l'aube du XXI siècle*, in *Études de droit de la consommation. Liber amicorum J. Calais-Auloy*, cit. p. 887.

⁵⁸ Sulla questione, di recente, con ampia disamina, S. POLIDORI, *sub. art. 143*, in *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, cit. p. 803 e, in precedenza, G. DE CRISTOFARO, *Le disposizioni "generali" e "finali" del Codice del consumo: profili problematici*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2006, p. 66 ss. Su questo argomento molto insiste pure E. LA ROSA, *sub art. 1444*, cit. p. 206.

⁵⁹ V. quanto statuiscano Cass. 24 novembre 2007, n. 24458, in *Imm. e propr.*, 2008, p. 182; Cass. 28 agosto 2007, n. 18157, in *Mass. Foro it.*, 2007, c. e Cass. Cass. 14 gennaio 2005, n. 675, in *Arch. loc.*, 2005, c. 569, tutte sulla rinunziabilità, al momento di cessazione del rapporto, all'indennità di avviamento; Cass. 28 ottobre 2004, n. 20906 (in *Guida al dir.*, fasc. 48, p. 64, sulla nullità delle sole pattuizioni che limitano *ex ante* i diritti del conduttore); Cass. 29 gennaio 1996, n. 683 (in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 1440 ss., rinunzia, contenuta nella convenzione stipulata in sede di conciliazione, a domandare la restituzione di somme pagate ineccezione a titolo di canone). In dottrina, per una diffusa analisi della questione, si vedano A. GENTILI, *L'invalidità del contratto di locazione*, in *Le locazioni urbane*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 1999, p. 78 ss.; G. GABRIELLI – F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, Padova², 2005, p. 376 ss.



consumatore, ove sia stato giudizialmente informato, non versa più in una situazione di minorità onde, come si prosegue⁶⁰, neppure esiste più un problema di protezione, sembra per la verità che lo sia pure il pensare che l'opposizione non sia abbinabile ad una clausola di rinuncia *almeno* nella versione debole di «un mero accadimento che si attua tutto nel processo e [rimane] nel processo, [essendo questo] l'ambito nel quale si consumano esclusivamente i suoi effetti»⁶¹.

6. Convalida, convenzione arbitrale e comportamento del consumatore: le peculiarità del caso Asturcom Telecomunicaciones S. L.

Nella dottrina francese, in sede di commento alla *Pannon*, si è osservato che una rilevabilità officiosa obbligatoria prelude all'introduzione di un «*dange-reux blanc-seing donné au juge*»⁶². La sentenza *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Rodriguez Nogueira*, come tra breve si vedrà, se la si legge squisitamente nell'ottica dell'applicazione effettiva del diritto comunitario in vista «*d'une protection réelle du consommateur*», enfatizza indubbiamente questa suggestione. C'è da chiedersi tuttavia, stante la peculiarità della vicenda concreta, quanto abbiano influito su questo *dictum* le due circostanze fattuali della vistosa sproporzione (tra valore della causa e «spese che il consumatore avrebbe dovuto sostenere per recarsi alla sede dell'ente arbitrale») e della marcata carenza d'una garanzia di seria indipendenza del collegio arbitrale decidente. Trattandosi di due indici tipici di vessatorietà, la prima impressione infatti è ch'essi abbiano contribuito non poco all'illustrazione dei tre enunciati che, di là d'ogni

altra possibile valutazione, si possono sicuramente ricavare dall'esegesi combinata delle due pronunce: a cominciare dalla constatazione

a) che, ad avviso della Corte, solo una *rilevabilità officiosa obbligatoria* è in grado di evitare im-motivate disparità di trattamento tra i diversi consumatori sì da garantire, in conformità a quanto per altro prescritto dalla stessa Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'eguaglianza «*des justiciables devant la justice*»⁶⁴; proseguendo poi col rilievo

b) che, per effetto della potiorietà riconosciuta al diritto comunitario, ogni disposizione nazionale sulla rilevabilità (art. 1421 c.c./art. L. 141-4 c. *consomm.*), quand'è questione di *consumatore*, dovrà, d'ora in poi, essere letta ed intesa non più come attributiva di un potere bensì di un «*bel et bien devoir*», senza – si badi- che il farsi questione di una direttiva «*d'harmonisation minimale*» possa assumere un qualche valore ostativo⁶⁵; e terminando col chiarire che,

c) se la Corte condiziona la rilevabilità a due limiti nient'affatto trascurabili⁶⁶, uno dei quali è la facoltà del consumatore di opporsi, vuol chiaramente significare che la questione della non vincolatività, stante l'ineludibile esigenza di rispettare il principio del contraddittorio⁶⁷, è rimessa all'allegazione o alla positiva verifica di un comportamento sanante. Cioè il consumatore può «*saisir à son choix*»⁶⁸, in quanto, se è la condizione di inferiorità nella quale egli versa a rendere obbligatoria la rilevabilità, va da sé che l'argomento non vale più allorché egli abbia maturato piena contezza di quali sono i rimedi opponibili. Il tutto, senza il rischio di un trasformarsi della rilevabilità in una regola *aléatoire*⁶⁹, nella

⁶⁰ E' il convincimento di N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Obs.*, cit. p. 42. Sulla rinunciabilità dei diritti ex post «*une fois qu'ils ont été acquis*», v. Cass. 3^{re} civ., 27 ottobre 1975, in *Bull. civ.*, 1975, III, n. 310.

⁶¹ Così, coerentemente alla sua impostazione, S. MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo atto della Corte di Giustizia*, cit. p. 1123 s. (ove l'incidentale richiamo al principio del *venire contra factum proprium*). Ma per un'incisiva critica ad una «lettura sovrabbondante» dell'art. 143 «rispetto alla *ratio* della norma», v. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione. Contributo allo studio della sanatoria del negozio nullo*, cit. p. 19.

⁶² V. G. POISSONNIER, *La CJCE franchit une nouvelle étape vers une réelle protection du consommateur*, cit. p. 2314 (e p. 2312, per la citazione successiva). In quest'ottica è esatto affermare che la *Pannon* avrà, plausibilmente, «*une destinée comparable à celle de l'arrêt Oceano*»: così G. PAISANT, *L'obligation de relever d'office du juge national*, cit. p. 36. Si vedano poi le *Conclusioni* dell'Avvocato generale V. Trstenyák, depositate il 29 ottobre 2009, nella causa C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid*, § 39.

⁶³ Cfr. Corte giust., 6 ottobre 2009, cit. § 25.

⁶⁴ Così G. POISSONNIER, *La CJCE franchit une nouvelle étape vers une réelle protection du consommateur*, cit. p. 2315 (pure per la citazione successiva). *Amplius* G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione. Contributo allo studio della sanatoria del negozio nullo*, cit. pp. 26 – 32.

⁶⁵ Lo segnala G. PAISANT, *L'obligation de relever d'office du juge national*, cit. p. 36, secondo il quale «*à fortiori cette solution vaudra pour les directives d'harmonisation totale... dont le caractère d'ordre public apparaît renforcé*».

⁶⁶ *Non négligeables* è l'espressione che si legge in 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*, 2007, fasc. 189, p. 15.

⁶⁷ Cfr. G. PAISANT, *L'obligation de relever d'office du juge national*, cit. p. 36.

⁶⁸ Cfr. S. PIEDELIÈVRE, *Brèves remarques sur les nouvelles dispositions du Code de la consommation dues à la loi du 12 mai 2009*, cit. p. 1734 nonché P. FLORES – G. BIARDEAUD, *L'office du juge et le crédit à la consommation*, cit. p. 2232.

⁶⁹ Sembra invece questo il timore di G. PAISANT, *L'obligation de relever d'office du juge national*, cit. p. 37.



prospettiva di una dialettica principio/eccezione ormai onnipresente, com'è stato fatto notare⁷⁰, nell'Europa delle libertà economiche di terza generazione.

7. Segue: il paradosso di una rilevabilità secondo le norme procedurali nazionali: darwinisme judiciaire o l'office du juge come contre-pouvoir ?

Residuano delle considerazioni da svolgere rispetto ad *Asturcom Telecomunicaciones S. L.* I primi commentatori hanno messo in risalto il carattere dirompente, se non anche eversivo, della sentenza 40/08, evidenziando che, se il giudice dell'esecuzione ha il potere/dovere di caducare un lodo definitivo, l'effetto che si avrà –vien fatto notare– è di accreditare una commistione procedurale – tra i regimi processuali dell'esecuzione forzata e dell'annullamento- discutibile (in quanto non debitamente motivato) ed irragionevole. Perché mai, si dice, per il consumatore deve valere una procedura unica e confusa ?⁷¹ E, si aggiunge, l'argomento di un'irrilevabilità che avrebbe invece l'effetto pernicioso di imputare al consumatore tanto l'obbligo di conoscere i suoi diritti quanto quello di sollevare «*les questions de droit, que ce soit avant ou en cours de litige*»⁷², da solo non basta a giustificare un *dictum* che eleva la discrezionalità giudiziale al rango di un «*contre-pouvoir*» vigilante sul rispetto, ad opera di tutti i «*différents acteurs*», delle previsioni «*régulatrices du marché*». Ma il fatto è che, accanto alle *Conclusioni* sì esplicitamente orientate dell'Avvocato generale (§§ 58 – 59, 62 – 64), quel passo della motivazione ove la Corte insiste sull'esigenza di sostituire all'equilibrio formale del contratto un equilibrio reale, onde «ristabilire l'uguaglianza delle parti stesse» (§ 30), avvalora

⁷⁰ Così J. S. BERGÉ, - S. ROBIN –OLIVIER, *Introduction au droit européen*, Paris, 2008, p. 91 ss.

⁷¹ Già lo facevano rilevare I. FADLALLAH – C. BAUDE-TEXIDOR, *L'office du juge en matière de crédit à la consommation. Éloge de la neutralité judiciaire*, in *D.*, 2003, *Chron.*, p. 750. Di tutt'altro avviso P. FLORES – G. BIARDEAUD, *L'office du juge et le crédit à la consommation*, cit. p. 2230 (secondo i quali il ruolo del giudice è di assicurare, piuttosto, «*le respect de l'équilibre voulu par le législateur*»).

⁷² Così invece. G. POISSONNIER, *La CJCE franchit une nouvelle étape vers une réelle protection du consommateur*, cit. p. 2314 (e p. 2315, per la citazione successiva). Similiter R. JORDANS, *Anmerkung zu EuGH Rs. C 168/05*, in *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2007, p. 50. V. pure le *Conclusioni* dell'Avvocato generale Trstenyak, laddove bolla come inaccettabile una diversa interpretazione implicante che il «diritto nazionale si aspe[tti] dal consumatore la partecipazione ad un procedimento nullo, al fine di poter fare dichiarare la nullità del contratto» (§ 64).

una siffatta lettura. Con, evidentemente, tutta la serie dei corollari di cui sopra⁷³.

C'è, si prenda nota, una singolare consonanza tra questo modo di ragionare e l'idea, formulata di recente, che la nullità di protezione incorpori un controllo di meritevolezza funzionalizzato ai valori dell'«equità, dell'equilibrio [e] della giustizia»⁷⁴.

Già, se non fosse che, dallo spoglio dell'intera sentenza, pare pure ricavarci come legittima una seconda interpretazione, assai meno dirompente e soprattutto idonea a stemperare di molto la valenza distorsiva che comunica l'immagine di un giudice «*partial au service d'une partie*»⁷⁵, praticante una deroga *eccezionale*, in quanto *necessaria*, al principio d'autorità della cosa giudicata⁷⁶. Inducono, si badi, ad una siffatta notazione due incisi argomentativi: quello in cui la Corte si perita di chiarire che il principio di effettività non può sortire l'effetto di legittimare il giudice a «*supplire integralmente alla completa passività del consumatore*» (§ 47) e, soprattutto, il periodo, ripetuto poi pure nel dispositivo, ove si insiste sulla rilevabilità officiosa se –e soltanto se verrebbe da aggiungere– il giudice può procedere ad una siffatta valutazione «*nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna*» (§ 59⁷⁷). Se si ammette infatti che così stiano le cose, il discorso – com'è facile intendere– cambia perché quanto statuito dalla Corte non è più una rilevabilità incondizionata bensì un potere/dovere officioso azionabile negli *stretti limiti* previsti dalle *norme processuali vigenti*. In questa seconda prospettiva invero, siccome non è più un problema di «tutela assoluta del consumatore», da assicurare persino se fa difetto una «qualsiasi azione giudiziaria proposta da quest'ultimo» (§ 34), è chiaro che tutto il ragionamento dell'interprete si viene ad incentrare sul tipo di assetto normativo che governa, nel sistema italiano, controversie di eguale tenore. Donde il chiedersi, in termini di rigorosa successione logica:

⁷³ Sul fatto che l'art. 6 della direttiva 93/13 sia di ordine pubblico e legittimi un'ampia discrezionalità giudiziale si vedano, tra gli altri, C. BRIÈRE – A. DIONISI-PYRUSSE –F. SESEKE JAULT – C.LEGROS, *Clause compromissoire et réglementation des clauses abusives*, in *Petites affiches*, 2007, fasc. 152, p. 14 e M. VAN HUFFEL, *La condition procédurale des règles de protection des consommateurs: les enseignements des arrêts Océano, Heininger et Cofidis de la Cour de Justice*, in *Rev. européenne de droit de la consommation*, 2003, p. 97.

⁷⁴ Così R. TOMMASINI, *Introduzione: l'azione di annullamento ed i suoi presupposti*, cit. p. 20.

⁷⁵ Così G. POISSONNIER, *La CJCE franchit une nouvelle étape vers une réelle protection du consommateur*, p. 2315.

⁷⁶ Eccezionale e necessaria sono i due qualificativi che figurano, quanto a questa deroga, nelle *Conclusioni* –v. § 75– dell'Avvocato generale Trstenyak.

⁷⁷ *Selon les règles de procédure internes*, come chiosa N. SAUPHANOR-BROUILAUD, *Obs.*, cit. p. 42.

a) se, giusta quanto dispone l'art. 615 c.p.c., l'asserito difetto del fatto costitutivo del diritto risultante dal titolo compete pure al giudice o sia rimesso alla sola opposizione di parte;

b) se i motivi deducibili con l'opposizione e/o la rilevanza *ope iudicis* incontrino o meno la preclusione derivante dal giudicato; da ultimo, come d'altra parte non può che essere,

c) se e quanto si riverberino sulla funzionalità della tutela consumerista una lettura orientata, *de iure condito*, a negare che il giudice dell'esecuzione possa contravvenire, ove il lodo risulti ormai definitivo, al principio di autorità della *res iudicata*. Tutte questioni, come si può constatare, che rinvigoriscono quell'impressione iniziale di un intreccio inestricabile, fra dato sostanziale e processuale, quale *proprium* della legislazione consumerista. Tutte questioni soprattutto che, col precedente di *Mostaza Claro*, hanno per altro ben poco a che vedere, se è vero che questa abilita sì il giudice nazionale ad accertare la nullità di una clausola compromissoria abusiva ma soltanto nell'ambito di una impugnazione per nullità avverso *un lodo non ancora definitivo*.

Orbene, quanto al primo quesito, a seguire quel che si può ricavare da una densa pagina della migliore dottrina processualistica⁷⁸, non residuano particolari dubbi: se si intende dimostrare che il diritto risultante dal titolo non è mai esistito, in quanto che la nullità della clausola compromissoria non risulta abbia ricevuto una convalida neppure *in itinere*, la sola vicenda delineabile è quella di un'opposizione cd. di merito (cioè ad istanza del preteso debitore)⁷⁹. Vero è, infatti, che la carenza delle condizioni e dei presupposti specifici dell'azione esecutiva, in quanto vizi che si possono ricavare «dallo stesso titolo esecutivo»⁸⁰, sono pure rilevabili d'ufficio dal giudice dell'esecuzione⁸¹: ma, per l'appunto, quand'è questione di assoluto difetto di un titolo esecutivo o di una sua inidoneità «a sorreggere un determinato tipo di esecuzione»⁸². Non quando, viceversa, quel

che risulta contestabile è proprio l'*an*, cioè il diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata. E riguardo poi alla circostanza che l'opposizione ad un titolo stragiudiziale non conosce particolari restrizioni, di guisa che manco dovrebbe valere la preclusione del giudicato, vale replicare che sì la notazione è esatta: se non fosse che la lettera dell'art. 824 *bis* c.p.c. riconosce al lodo l'efficacia della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria; di talché pare difficile azzardare una contestazione o una rilevanza che abbia per oggetto «l'asserito difetto di fatti costitutivi del diritto sottostante»⁸³.

Quid iuris allora? In assenza di un'opposizione di parte, visto che il procedimento di *exequatur* ha sempre e solo la veste di una «mera verifica della regolarità formale del lodo»⁸⁴, bisogna concludere che il giudice dell'esecuzione non ha la potestà di sindacare la clausola compromissoria e di annullare a motivo che *simul stabunt simul cadent*? Così parrebbe essere, salvo pensare, ma è una lettura tutta da acclarare, che il combinato disposto degli artt. 101, 2 co. e 183, 4 co., c. p.c., nella misura in cui incentiva il potere giudiziale volto a provocare il contraddittorio tra le parti, non possa soccorrere allo scopo a mo' di un'interpretazione estensiva o analogica. Due dati, le *rationes* delle disposizioni citate e la collocazione topografica ch'esse ricevono, potrebbero suffragare un ragionamento che ha poi comunque dalla sua il fatto che un «rilievo tardivo riapre i poteri consequenziali di allegazione e di

⁸³ Cfr. G. BALENA, *op. loc. ult. cit.* e C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*²⁰, Torino, 2009, IV, p. 188 s. In giurisprudenza, sul limite del giudicato, v. Cass. 1 giugno 2004, n. 10504, in *Gius.* 2004, p. 3274 e Cass. 25 marzo 2003, n. 4382, in *Riv. esec. forzata*, 2004, p. 256. Cfr. poi App. Palermo, 5 novembre 1990, in *Temi sic.*, 1990, p. 454 (ove il rilievo che, in sede di giudizio di opposizione all'esecuzione, basata su un lodo arbitrale, il giudice deve limitare la sua indagine all'esistenza e alla validità del titolo per stabilire «se esso manchi o sia venuto meno per fatti posteriori alla sua formazione, ma non può esercitare un controllo del contenuto intrinseco del titolo stesso al fine di invalidarne l'efficacia esecutiva, in base ad eccezioni che possono essere dedotte nel giudizio di cognizione»).

⁸⁴ V., *inter alios*, G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, cit. p. 356. L'art. 825 c.p.c. come vien fatto notare, prescrive il deposito della convenzione arbitrale: di talché, immaginando un'applicazione analogica dell'art. 810, 3 co. c.p.c., quel che si può ragionevolmente ipotizzare è un diniego dell'*exequatur* solo allorché la clausola arbitrale è «manifestamente inesistente» (v. G. BALENA, *op. ult. cit.* p. 356, nt. 28). In giurisprudenza v. Trib. Napoli, 5 maggio 2000, in *Giur. nap.*, 2000, p. 400, per il rilievo che le ipotesi di nullità del lodo non possono costituire oggetto della valutazione del giudice adito per l'apposizione dell'esecutorietà, in quanto «la sua cognizione è limitata alla sola regolarità formale del lodo, di guisa che l'omessa considerazione delle stesse non può inficiare il decreto di esecutorietà, e non può essere oggetto di opposizione all'esecuzione o agli atti esecutivi».

⁷⁸ V., diffusamente, G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, 4 ed., Bari, 2007, III, p. 189 s.

⁷⁹ V., *inter alios*, F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano⁴, 2007, III, p. 232 s. D'altra parte, come fa notare la Commissione, «i poteri di controllo di un giudice dell'esecuzione [sono] in linea di principio più limitati rispetto a quelli di un giudice investito di un ricorso di annullamento» (§ 41 delle *Conclusioni* dell'Avvocato generale Trstenyak).

⁸⁰ Cfr. G. BALENA, *op. ult. cit.* p. 190

⁸¹ Cfr. Cass. 9 luglio 2001, n. 9293, in *Mass. Foro it.*, 2001, c. 796.

⁸² Così G. BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, cit. p. 189. In giurisprudenza v. Cass. 7 ottobre 2008, n. 24752, in *Mass. Giust. civ.*, 2008, p. 1441; Cass. 7 marzo 2002, n. 3316, in *Arch. civ.*, 2003, p. 98; Cass. 7 marzo 2003, n. 3477, in *Riv. esec. forzata*, 2004, p. 246 (indirettamente) e Cass. 5 marzo 1988, n. 2305, in *Mass. Foro it.*, 1988, c. 348.



prova delle parti»⁸⁵. E se si crede che la doppia finalità di tutela del consumatore e di moralizzazione del mercato abbia trasformato ed arricchito «l'*office du juge*», si ha pure il conforto di una rilevanza quale effetto di un trasformarsi del ruolo classico del giudice rispetto a quello di «*arbitre des litiges*»⁸⁶. Di certo v'è che, a seguire una siffatta lettura, ne trarrebbe giovamento lo standard di tutela del consumatore, perché –si prenda nota- se così non dovesse risultare, si potrebbe profilare il paradosso di un lodo caducabile, a seguito di una sua impugnazione per nullità, ov'anche la condotta pregressa del consumatore sia stata di attiva partecipazione (v. *Mostaza Claro*) e di un lodo, per contro irrettabilmente vincolante, in quanto passato in giudicato, sebbene la condotta del consumatore abbia, in questo caso, null'altro lasciato palesare che uno stato di opaca (e passiva) acquiescenza. Il che, giova rilevarlo, difficilmente si può comprendere se, come sopra ricavato, l'art. 6 della direttiva 93/13 è *norma imperativa di ordine pubblico*.

8. Epilogo (in Italia): l'esigenza di una radicale differenziazione tra le cd. invalidità comunitarie e le nullità di protezione domestiche.

Vicende, come quelle che hanno originato le pregresse considerazioni, sono annoverate, a livello di dibattito municipale, nel contesto delle cd. nullità nuove, europee o speciali: sebbene, giova evidenziarlo, nessuna previsione comunitaria fin qui abbia mai mostrato di voler maneggiare un siffatto sintagma. Vuol forse questo allora dire che i dispositivi

⁸⁵ Così A. PROTO PISANI, *La riforma del processo civile: ancora una legge a costo zero (note a prima lettura)*, in *Foro it.*, 2009, IV, c. 226. Com'è stato fatto notare l'opposizione all'esecuzione è pur sempre null'altro che un processo di cognizione che «inizia in modo anomalo, ma che ha lo stesso oggetto, lo stesso svolgimento e produce gli stessi effetti di un ordinario processo di cognizione avente ad oggetto quel diritto»: così F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., III, p. 233. Per il rilievo che il diritto alla difesa è garantito «in qualsiasi procedimento promosso nei confronti di una persona e che possa sfociare in un atto per essa lesivo», v. Corte giust. CE, 29 giugno 1994, causa C-135/92, *Fiskano c. Commissione*, in *Racc.* 1994, I – 2885. Sul fatto, invece, che l'attribuzione di siffatto potere al giudice dell'esecuzione sia la sola soluzione logica, v. le *Conclusioni* (§ 67) dell'Avvocato generale Trstenyak.

⁸⁶ E' questo l'avviso di G. POISSONNIER, *La CJCE franchit une nouvelle étape vers une réelle protection du consommateur*, cit. p. 2315. Ricalca, si prenda nota, un periodare piuttosto simile quel ragionamento della Commissione che, facendo leva sull'essere il giudice dell'esecuzione l'unica ed ultima istanza indipendente rimasta, invita ad ammettere una sindacabilità in via eccezionale della clausola compromissoria (v. § 42 delle *Conclusioni* dell'Avvocato generale Trstenyak).

di *Pannon* e di *Asturcom* sono utilmente invocabili per fondare, con l'ausilio dell'argomento analogico o di un'interpretazione estensiva, la convalidabilità di tutte le nullità di protezione domestiche non originate da un archetipo comunitario? Si pensi, solo per citare due esempi, alle nullità di cui all'art. 2 del d. lg. 122/05 (per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire) ed a quelle che figurano nel T. U. F. con riguardo ai contratti di intermediazione finanziaria (v. artt. 23 ss.)⁸⁷.

Ebbene, non pare, in realtà, che una conclusione del genere, invero piuttosto diffusa, sia ragionevolmente sostenibile. Per più motivi che, a volerli riassumere in poche battute, sembra legittimo condensare in due dati: nel fatto che ogni previsione (domestica) di matrice comunitaria, se si vuole cogliere il significato autentico, va sempre letta nell'accezione ch'essa riceve nel diritto comunitario vivente (primario e derivato)⁸⁸; nella circostanza, a seguire, che tra le fattispecie europee e quelle domestiche, salvo immaginare un *patchwork* difficilmente interpretabile e meno ancora comprensibile, è spesso assai difficile prospettare un'assimilazione di *rationes*⁸⁹: e, notoriamente, è solo la somiglianza di *ratio* a giustificare «la *capacità espansiva*» di una norma e la sua attitudine a rilevare come disposizione «anche [del] *caso non previsto*»⁹⁰.

Orbene, quand'è così, non deve sorprendere il fatto di rilevare che qui si giudichi difficilmente prospettabile un *genus* di nullità nuove, agglutinante invalidità europee e domestiche, retto da regole comuni specializzanti. Già il tentativo, come viene definito⁹¹, di armonizzazione completa del lessico legislativo europeo tutto sembra fuorché fruttuoso: ma poi come si fa, per vero, ad accostare o ad apparentare ipotesi ove, la pur comune matrice di ordine pubblico, in un caso è ancillare alla protezione del promissario (acquirente) debole (art. 2 d. lg. 122/05) e nell'altro risulta invece funzionale alla regolamen-

⁸⁷ Un quadro diffusamente analitico della questione si legge in G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2008, p. 40 ss.

⁸⁸ V. in tal senso, incisivamente, T. PFEIFFER, *Prüfung missbräuchlicher Klauseln von Amts wegen (Gerichtsstand) - Günstigkeitsprinzip nach Wahl des Verbrauchers*, cit. p. 2369.

⁸⁹ Come fa notare puntualmente notare G. DE CRISTOFARO, *Le invalidità negoziali «di protezione» nel diritto comunitario dei contratti*, cit. p. 182 ss. e p. 186 ss.

⁹⁰ Così G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, cit. p. 82 (corsivo nel testo). V. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione. Contributo allo studio della sanatoria del negozio nullo*, cit. p. 7 (per il rilievo che «ogni disciplina deve essere adeguata e congrua alla *ratio* della previsione legislativa»).

⁹¹ Tutti i riferimenti in T. RIEHM, *Vers une harmonisation totale della terminologie ?*, in *Approches critiques du vocabulaire juridique européen: l'harmonisation totale*, in *LPA*, 2009, n. 83, p. 13.

tazione concorrenziale del mercato interno ?⁹² D'altronde, come si è fatto esemplificativamente notare, non è che l'obbligo legale di contrarre «*appelle... le même type de raisonnement*» se si discute di Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo anziché di disposizioni del Trattato sul mercato interno⁹³. E' vero che un siffatto modo di argomentare prelude ad una qual certa frammentarietà del discorso giuridico lasciando emergere, per la *medesima* figura, significati diversi. Ma quando non è questo il caso, perché si ha soltanto un'affinità nominale e non di statuto, è innegabile che «l'esigenza di un *recupero della fattispecie*»⁹⁴ si lasci preferire al conio di griglie contemplanti dei principi generali del tutto stipulativi. La « *finesse des concepts juridiques*», è stato detto⁹⁵, «*ne peut pas masquer les réalités humaines qui irriguent les procédures*»: se non fosse, va aggiunto, che la *fuga* nei principi difficilmente può essere d'ausilio all'interprete per una convincente ricostruzione del sistema.

9. Chiosa : la sentenza Eva Martín Martín c. EDP Editores SL, causa C-227/08, del 17 dicembre 2009. Tre considerazioni per una lettura (in)equivoca.

L'evoluzione sinuosa della giurisprudenza comunitaria non ha risparmiato, come si diceva in apertura, la direttiva 85/577/CEE sulla tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali: nella fattispecie un contratto, avente ad oggetto l'acquisto di un'opera in quindici volumi, concluso dalla consumatrice, presso il proprio domicilio, con un rappresentante della *EDP editores SL*.

Per il tipo di periodare espresso, come già si è avuto modo di ricordare, non è che quest'ultima sentenza lasci intravedere tratti di particolare originalità: un giudice nazionale, si legge nei §§ 35 e 36, ha il potere/dovere di rilevare d'ufficio la nullità di un contratto ancorché questa nullità non sia mai stata opposta dal consumatore. Come limite opera la (sola) circostanza che il suddetto consumatore, debitamente interpellato dal giudice, dichiara di non

volersi avvalere di *questa* nullità. Quindi un apparato argomentativo *dejà vu (et entendu)*.

Visto però che la questione pregiudiziale sollevata verteva sull'omessa informazione sul diritto di recesso (art. 3, 2 co., *ley* 21 novembre 1991, n. 26), potrebbe maturare negli interpreti il convincimento che la Corte si presti, in realtà, ad avallare obliquamente l'argomentare di chi – e sono notoriamente più d'uno⁹⁶ – reputa plausibile e financo ragionevole abbinare all'inadempimento di un qualsiasi obbligo d'informazione documentale la comminatoria (inespressa) di una nullità. Basta infatti servirsi dell'argomento *a fortiori*: il professionista ha disatteso un dovere precontrattuale d'informazione e siccome la Corte qualifica qui come una misura *appropriata* la nullità (testuale) del contratto controverso, c'è modo – si potrebbe dire – per sostenere che i giudici di Lussemburgo provvedono in realtà a rinfancare l'idea di una nullità virtuale di protezione quale figura dogmatica che azzera ed oltrepassa la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento.

Già, se non fosse che l'art. 4 della *ley* 26/91 non risulta affatto, come riferito poc'anzi, che formalizzi un'ipotesi di nullità. Per la maggior parte della dottrina e secondo la giurisprudenza prevalente la mancata informazione sul diritto di recesso, importa invero *anulabilidad*, espressamente *solicitada por el consumidor*⁹⁷. Lo 'sviamento' allora, perché di questo si tratta, risiede nella formulazione equivoca della questione pregiudiziale, non impeccabilmente rimessa all'attenzione della Corte di giustizia dalla Corte d'appello di Salamanca. Certo, è vero che, per alcuni commentatori⁹⁸, l'art. 4 verrebbe a commina-

⁹⁶ Ne offrono un quadro articolato F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass, sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contratto e impresa*, 2008, p. 936 ss., e A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *I contratti*, 2008, p. 393 ss.

⁹⁷ V., in special modo, L. M. MIRANDA SERRANO, *La contratación fuera los establecimientos mercantiles*, in L. M. MIRANDA SERRANO – P. J. VELA TORRES – A. PRIES PICARDO, *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Madrid, 2006, p. 249 e G. A. BOTANA GARCIA, *Contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles*, in AA.VV., *Curso sobre protección jurídica de los consumidores* (Botana Garcia/Ruiz Muñoz coords.), Madrid, 1999, p. 219. In giurisprudenza, a titolo esemplificativo, SAP Huelva, 14 gennaio 2007, in *Jur*, 2007, c. 178364 e SAP Barcelona, 26 settembre 2003, in *AC*, 2003, p. 2036.

⁹⁸ Principalmente J. M. CABALLERO LOZANO, *Una compraventa especial: la venta fuera de establecimiento*, in *RDP*, 1994, p. 1050; M. GUZMAN ZAPATER, *La protección de los consumidores en los contratos de venta negociados fuera de establecimiento mercantil*, in *BGJCEE*, 1992, p. 11 e M. R. MARTIN BRICEÑO, *Los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil del impresario*, in AA. VV., *La protección jurídica de los consumidores*, Madrid, 2003, pp. 34 – 37.

⁹² V. pure, in termini non dissimili, G. PAISANT, *L'obligation de relever d'office du juge national*, cit. p. 36.

⁹³ Cfr. J. S. BERGÉ, *Obs.*, in *RDC*, 2009, p. V. pure V. MICHEL – M. MEISTER, *Obs.*, in *Europe*, 2009, p. 334.

⁹⁴ Cfr. G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, cit. p. 82 e, in altro contesto, S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione ?*, in *Contratti*, 2009, p. 1041.

⁹⁵ Così P. FLORES – G. BIARDEAUD, *L'office du juge et le crédit à la consommation*, cit. p. 2227.



re una forma *diferente y atípica* di invalidità negoziale: ma, si prenda nota, il fatto è che la qualificazione in termini di *nullidad ipso iure o de pleno derecho relativa* è sempre stata escogitata perché è sembrato che fosse il solo modo per evitare la rottura della regola codicistica che vuole la *omisión o el incumplimiento* di una forma negoziale *ad substantiam* sanzionata con la *numida radical o absoluta*. Tutto il dibattito, in altri termini, si è sempre snodato intorno alla circostanza che l'art. 4 fosse norma rimedio per la contravvenzione a delle *exigencias de forma*, senza mai quindi intercettare la diversa questione dei (controversi) rapporti tra nullità e buona fede. D'altronde, come fa notare la migliore dottrina⁹⁹, neppure la lettera dell'art. 112 del *Texto Refundido de Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, ove da ultimo l'art. 4 è stato pedissequamente trasfuso, si presta ad equivoci: sicché, di là dalle obiezioni sollevate da un concetto provvisto di un alto tasso di vischiosità, resta comunque il fatto che sarebbe incongruo prendere spunto dalla sentenza *Martin Martin* per addentrarsi in una problematica –la 'nullità virtuale di protezione'– evidentemente estranea al dire dei giudici comunitari.

Residuano tre considerazioni.

La prima: per la Corte l'obbligo di informazione sul diritto di recesso «concerne l'interesse pubblico» (§ 28). E siccome l'art. 4 della l. 26/91 esplicita una forma di annullabilità, irrilevabile d'ufficio, è evidente che per la dottrina spagnola si impone l'esigenza di procedere ad un'interpretazione correttiva della *littera legis* in senso conforme alla normativa comunitaria. E' un problema, quello dei limiti ad una *richtlinienkonforme Auslegung*, onde evitare ch'essa sconfini in una pura finzione *contra legem*, vivacemente dibattuto nell'esperienza tedesca¹⁰⁰: ma che non dovrebbe lasciare insensibile nemmeno l'interprete italiano, se è vero che l'art. 65, 3 co., c. cons., per il caso dell'omessa informazione sul diritto di recesso prevede sì un postergarsi del termine a sessanta giorni, ma non nella prospettiva avvalorata dalla Corte di giustizia¹⁰¹; che, com'è ben noto, fa decorrere il termine dal momento in cui il consumatore ha correttamente ricevuto dal professionista l'informativa, visto che un consumatore ignaro di poter recedere dal contratto sempre comunque si

trova, nonostante la proroga del termine, nell'impossibilità di agire.

Seconda considerazione: il fatto che il contravvenire ad un dovere precontrattuale d'informazione esiti in una nullità *ex post* (non essendo concepibile un'annullabilità *ex ante* rilevabile d'ufficio), non è in realtà che poi autorizzi a coniare una nullità innominata di protezione. Stante il principio di necessaria *pre – determinazione ex lege* di ogni regola di validità, non è dato infatti delineare ipotesi ove una comminatoria di nullità, per contrasto con una regola generale di condotta, risulti affidata al sindacato valutativo del giudice¹⁰². Il che naturalmente non esclude, com'è già capitato di scrivere altrove¹⁰³, che esistano delle regole di condotta tipiche provviste, in caso di infrazione, d'una comminatoria *testuale* di nullità (artt. 36, 52, 3 co. e 67 *septiesdecies*, 4 co. c. cons.): l'ammetterle non va invero ad impingere nel divieto di nullità senza fattispecie.

Terza (ed ultima) considerazione: più che altro, in realtà, un interrogativo. Se la nullità *totale* del contratto, come si legge nella sentenza, può qualificarsi come una misura appropriata (§ 34), che ne è della *necessaria parzialità* della nullità di protezione ex art. 36, 1 co. c. cons. ? E, giova aggiungerlo, come si rapporta una nullità totale con l'idea che la parzialità sia un attributo insopprimibile delle cd. invalidità comunitarie ?

Forse, questa almeno l'impressione, c'è ancora molto da riflettere: queste tre sentenze pare infatti che abbiano appena scalfito, com'è stato elegantemente notato¹⁰⁴, i *contours brumeux* della rilevanza officiosa.

⁹⁹ V., diffusamente, N. ÁLVAREZ LATA, *sub art. 112*, in *Comentario del Texto Refundido de Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, a cura di R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 2009, p. 1390 ss.

¹⁰⁰ V., per tutti, le belle pagine di C. HÖPFNER – B. RÜTHERS, *Grundlagen einer europäischen Methodenlehre*, in *AcP*, 2009, p. 25 e 32 ss.

¹⁰¹ Il *leading case* è Corte giust. CE, 13 dicembre 2001, causa C-481/99, *Heininger*, in *Racc.*, 2001, I-9945, § 45.

¹⁰² Così G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, cit. p. 8 (nt. 11) e S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione ?*, in *Contratti*, 2009, p. 1041.

¹⁰³ V. S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, p. 139 ss.

¹⁰⁴ Da L. RASCHEL, *Obs.*, in *JCP E*, 2009, n. 42, p. 1970.

