

NULLITÀ DI PROTEZIONE, INTEGRAZIONE DISPOSITIVA E MASSIMO EFFETTO UTILE PER IL CONSUMATORE: VARIAZIONI SUL TEMA DELL'ASIMMETRIA CONTRATTUALE*.

| 96

Di Stefano Pagliantini

Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale (Stefano Pagliantini)

SOMMARIO: 1. *Il problema del livello di tutela per il consumatore in tre fattispecie emblematiche: (a) la clausola vessatoria come Vorasseutung oggettiva (e non quale semplice condizione operante) della nullità totale; b) l'ambiguità di un contratto che resta vincolante 'secondo i medesimi termini'; c) il costo della sostituzione del bene non conforme.* - 2. *Prima fattispecie: la nullità di protezione come rimedio satisfattivo dell'utilità sperata (o del risultato economico atteso) dal consumatore.* - 3. *Il parallelismo, nell'ottica di una causa di consumo, tra gli artt. 130 e 36, c. 1. c. cons.* - 4. *La nullità parziale necessaria come rimedio deterrente.* - 5. *La nullità di protezione come rimedio di regolamento ed il doppio equivoco di una nullità totale quale rischio prevedibile (per il professionista) o come effetto del canone della cd. situazione complessiva rilevante a mo' di presupposto.* - 6. *Seconda fattispecie: nullità parziale necessaria e concorso di criteri integrativi nella definizione del regolamento contrattuale di protezione.* - 7. *L'art. 1469-bis tra nullità e correzione.* - 8. *Integrazione dispositiva v. una pura inopponibilità? Analisi di un equivoco.* - 9. *Segue: il caso della pattuizione di interessi moratori eccessivi ed il paradosso di un'integrazione giudiziale di equità alternativa alla surroga di legge.* - 10. *La nullità totale per sacrificio irragionevole del professionista -§ 306, Abs. 3 BGB- quale limite (eccezionale) ad una ipertutela del consumatore ed il delinarsi di una tutela risarcitoria per culpa in contrahendo.* - 11. *Terza fattispecie: ammontare proporzionato e convenienza per il consumatore. L'interpretazione consumeristica della Corte nel temno nresente.*

1. **Il problema del livello di tutela per il consumatore in tre fattispecie emblematiche: (a) la clausola vessatoria come Vorasseutung oggettiva (e non quale semplice condizione operante) della nullità totale; b) l'ambiguità di un contratto che resta vincolante 'secondo i medesimi termini'; c) il costo della sostituzione del bene non conforme.**

Tre questioni, tutte sottoposte al vaglio della Corte di giustizia, stanno prepotentemente riportando alla ribalta il problema, preliminare a qualsiasi tentativo di riscrittura estensiva (o restrittiva) dei

rimedi contemplati per la classe dei contratti asimmetrici, di quale debba essere il *tipo* e la *misura* di protezione da riservarsi al consumatore. L'interrogativo, che dottrina e giurisprudenza in questi anni mai per verità hanno dismesso di affrontare, sta conoscendo per altro una nuova declinazione affidata alle formule -altamente suggestive- di un giusto rimedio, del bilanciamento degli interessi ovvero di una svolta rimediale in senso personalista¹. Formule

*Saggio sottoposto a valutazione da parte di un membro del Comitato dei revisori.

¹ Il primo sintagma si deve a P. PERLINGIERI, *Il 'giusto rimedio' nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, spec. 10; il secondo





assai pregnanti, se non altro perché attestano il continuo (e discontinuo) che connota nel tempo presente la dinamica dei rapporti tra un diritto interno incoeso ed uno europeo fin troppo fluttuante², epperò punteggiate di un alto tasso di problematicità, se è vero che non pare esserci allo stato un'espressione compendiosa capace di legare i diversi momenti in cui si scompone una tutela consumeristica sempre più disorganica e riferita alla contingenza temporale del singolo provvedimento emanato. E se, per parte sua, la Corte di giustizia, anche talvolta debordando dalla sua funzione (art. 234, c. 1, Il. a, b e c del Trattato)³, sembra viceversa avere avviato una stagione volta (se non a sistematizzare) quanto meno a meglio declinare talune nozioni cardine della nomenclatura normativa europea, permane l'impressione di una spiccata mobilità delle singole tecniche di tutela, spesso piegate dagli interpreti ad usi che alle stesse non competono. Col risultato, che nelle tre questioni di cui qui si discuterà è emblematico, di implementare viepiù un grado di vischiosità già di per sé sviante.

Tanto considerato, conviene allora procedere subito all'esemplificazione delle *quaestiones* in oggetto.

La prima: la nullità di una clausola vessatoria - per violazione dell'ordine pubblico economico di protezione⁴ - da *parziale* può convertirsi in *totale* ove il caducarsi del contratto sia meglio *rispondente* o più funzionale all'interesse in fatto del consumatore?⁵ Evidentemente il caso immaginato è quello della clausola vessatoria che non sia strutturalmente indispensabile all'economia dello scambio giacché, per quanto l'art. 36, c.1 e 3 c. cons. non contempli

alla lettera questa variabile⁶, nel caso di vessatorietà di una pattuizione incorporante un *essentiale negotii*, se la lacuna sopravvenuta per effetto del caducarsi della clausola si mostra incolmabile, il contratto di per certo viene meno.

La prassi giurisprudenziale, è vero⁷, insegna che sono sperimentabili più tecniche, dal distinguo clausole *sul prezzo* (insindacabili) o *relative al prezzo* (per contro sindacabili ex art. 33 c. cons.) fino all'*escamotage* delle cd. clausole nascoste o a sorpresa⁸, per scongiurare *indirettamente* questo risultato: che, va da sé, può compromettere la stessa tutela del consumatore. E tuttavia, in difetto di un'espressa statuizione normativa, sembra cogliere nel segno chi, senza tante *nuances*, conclude nel senso che una correzione giudiziale del contratto, rispetto ad esempio ad un prezzo non altrimenti determinato, «in via interpretativa» è inammissibile⁹.

Orbene, allorché la clausola sia accessoria o secondaria, per la Corte è escluso che il contratto cada. Diversamente si avrebbero degli effetti, secondo

⁶ Di un legislatore italiano che «è andato oltre» discorre E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, 2 ed., Torino, 2010, 87. Non sembra però, al riguardo, che la codificazione, alla lettera senza eccezione, di una nullità parziale necessaria, si spieghi nell'ottica di un art. 36, c. 1 c. cons. quale disposizione che concretizza l'art. 8 della dir. 93/13: nel senso, invertito rispetto all'eccezione che si vedrà avvalorata dalla Corte, di garantire al consumatore «un livello di protezione più elevato di quello riconosciuto in sede comunitaria» (così E. MINERVINI, *op. loc. ult. cit.* e, per la verità, già prima, G. ALPA, *Sul recepimento della direttiva comunitaria in tema di clausole abusive*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, 46 s.). La nullità totale infatti è, per le ragioni che saranno esposte nel testo, *in re ipsa*. Come del resto si affretta poi a riconoscere lo stesso a. quando discorre di un «enunciato privo di valenza normativa». Non a caso, di ipotesi sì eccezionali, nei quali la clausola abusiva è «*absolument nécessaire à l'existence même du contrat*», ma naturali di nullità totale (per l'inoperatività integrativa dell'art. 1135 c.c.), discorre J. GHESTIN - I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, *L'évolution du droit des clauses abusives en France*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di Alpa e Patti, Milano, 1997, II, 1368.

⁷ Specialmente quella tedesca: v. COESTER, *sub* § 307, in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, §§ 305 - 310, *Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 12 ed., Berlin, 2006, 351 e, per un denso quadro riepilogativo, M. FARNETI, *La vessatorietà delle clausole 'principali' nei contratti del consumatore*, Padova, 2009, 76 ss.

⁸ Per entrambe le tecniche v. E. MINERVINI, *La trasparenza contrattuale*, in *Contratti*, 2011, 977 ss. e, in una diversa prospettiva, sia consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir., Annali V*, Milano, 2012, in corso di stampa.

⁹ Cfr. E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit. 89 ed attentamente M. MANTOVANI, *Le 'nullità di protezione' nella tassonomia dei rimedi*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova, 2010, II, 1627. Da ultimo, per una compiuta informazione, v. FICI, *sub* art. 36, in *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta ed A. Orestano, Torino, 2012, IV, 863 - 870.

a C. AUBERT DE VINCELLES, *Charge des frais liés au remplacement d'un bien vendu non conforme*, in *Revue des contrats*, 2011, 1240 mentre il terzo è di F.D. BUSNELLI, *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, pp. 296 - 298 (e lo riprende P. MENGOSI, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, *passim*).

² È la prospettiva di G. VETTORI, *Diritti, principi e tecnica rimediiale nel dialogo fra le corti*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 240.

³ Giacché da interprete degli atti compiuti dalle Istituzioni comunitarie e dalla BCE si è trasformata sempre più in un «giudice che crea diritto»: così C. CASTRONOVO, *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxelles. Dal DCFR alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 845. Fattori invece di una Corte che «*im Privatrecht bereit ist neue Wege einzuschlagen*» sono -il titolo dello scritto è sintomatico- H. W. MICKLITZ - N. REICH, *Und es bewegt sich doch? Neues zum Unionsrecht der missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen*, in *EuZW*, 2012, 126.

⁴ V., incisivamente, G. D'AMICO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti con i consumatori*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, a cura di Sirena, Milano, 2006, 339.

⁵ V. C. giust. UE, 15 marzo 2012, causa C-453/10, *Pereničová e Perenič c. SOS financ. spol. s.r.o.*

il lessico di una dottrina, «controfunzionali»¹⁰ e premissivi di un interesse alla certezza sicuramente posto a presidio anche dell'interesse del professionista. Epperò, nella chiusa di una motivazione fin troppo scarna, la questione viene rimessa alla discrezionalità dei singoli Stati membri¹¹: sicché, com'è facile intuire, il problema si mostra tutto fuorché archiviato.

La seconda: disattendendo una *communis opinio* che rappresenta il diritto dispositivo come un corpo di norme capace di innervare il rapporto contrattuale di graduati «elementi di giustizia»¹², è ipotizzabile che un'integrazione dispositiva ex art. 1374 c.c. - del contratto epurato della clausola vessatoria - possa pregiudicare il consumatore dato che per il professionista, a mo' di prognosi postuma, è da subito prevedibile quale potrà essere il costo economico di una declaratoria di vessatorietà?¹³ Quindi una lettura, escludente l'integrazione, che non ha nulla a che spartire con quella prospettiva -raffinata- denegante ogni aggiustamento successivo del contratto in con-

seguenza della mancata inclusione, nel contenuto del regolamento, della clausola vessatoria¹⁴. E tuttavia un quesito nient'affatto di passata perché porse- lo, prima ancora di verificare entro quali limiti sia ammissibile un adeguamento *ab extrinseco* del contratto¹⁵, significa interrogarsi sul *tipo* di integrazione che, in caso di caducazione di una o più clausole, sia da preferire per un contratto *divenuto* incompleto. E, come fa notare l'unico autore che si è interessato ad una questione stranamente negletta¹⁶, almeno due argomenti parrebbero suffragare l'idea che di un contratto purgato della clausola vessatoria la direttiva 93/13 bandisca «ogni integrazione»: da un lato il rilievo -letterale- di un contratto che rimane vincolante *inter partes* 'secondo i medesimi termini'¹⁷, dall'altro il fatto che l'integrazione generi un «effetto compensativo» sì ridotto ma sempre di vantaggio per il professionista. Anche se potrebbe replicarsi, anticipando così quanto più avanti verrà evidenziato, ipotizzare un'elisione della clausola, non *in toto* ma nella misura in cui gli obblighi (e gli oneri) imposti al consumatore importano un significativo squilibrio, significa prospettare una vicenda prossima -se non ricalcante- l'integrazione dispositiva. Altrimenti -non v'è chi non lo veda- la *geltungserhaltende Reduktion*, secondo la ficcante terminologia tedesca, finirebbe per assicurare -il più delle volte- un *minus* di tutela al consumatore, riducendo il rischio per il professionista.

Comunque sia di ciò, ecco però di nuovo profilarsi l'accoppiata diritti del consumatore ed efficienza del mercato come valori che si tengono assieme.

¹⁰ L'aggettivo è di G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, in *Enc. dir.*, *Annali IV*, Milano, 2011, 826.

¹¹ V. C. giust. UE, 15 marzo 2012, cit. § 36.

¹² *Communis opinio* che, dopo il classico contributo di L. RAISER, *Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Bad-Homburg, 1961, (rist. inalterata della prima edizione apparsa nel 1935), già si legge in A. DI MAJO, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, in AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, 65 ss. (nonché dello stesso, *amplius*, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, 192 ss.), in G. DE NOVA, *La legge tedesca sulle condizioni generali di contratto (AGB-Gesetz)*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 111 e nelle pagine di F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, continuato da P. Schlesinger, 2 ed., Milano, 2002, 352. La citazione, che ricalca l'idea di Raiser di differenti, in seno alle norme dispositive, gradazioni di giustizia (*Gerechtigkeitsgehalt*), è invece tratta da V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Pol. dir.*, 2007, p. 458. Manca però, nella letteratura italiana, come fa notare A. BELFIORE, *La presupposizione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, *Il contratto in generale*, IV, Torino, 2003, 14, una «compiuta teoria generale dell'integrazione del contratto in via dispositiva».

¹³ V. causa C-618/10, *Banco Español de Crédito c. Calderón Camino* (per altro originata da una fattispecie nella quale si dibatteva sul potere del giudice, in un procedimento di ingiunzione, di accertare officiosamente la vessatorietà di una clausola -sul tasso degli interessi moratori- ovvero solo a seguito di un'eccezione sollevata *ad hoc* dal consumatore). Col che l'obliquo effetto correttivo della parzialità invalidativa -v. A. D'ADDA, *La correzione del 'contratto abusivo': regole dispositive in funzione 'conformativa' ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale*, in Bellavista - Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, 361 ss.- sarebbe inefficiente verso il professionista. Anche se, va detto, è una prevedibilità che si profila *plausibile* quando si utilizzino clausole che, per prassi consolidata, sono qualificate come vessatorie, assai meno allorché vi sia soltanto un *sospetto* (di abusività). Scettico *sic et simpliciter* sulla prevedibilità è ANG. FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, *ibid.*, 353.

¹⁴ Si allude, e la citazione fa riferimento ad uno degli ultimi scritti in cui questo a. ha espresso il suo ben noto pensiero, all'interpretazione di G. B. FERRI, *La 'cultura del contratto e la struttura del mercato'*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I,

¹⁵ Cioè «quando e sino a che punto» si possa procedere «all'integrazione del contratto»: così invece L. VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contr. impr.*, 2011, 1410 (ed *amplius*, della stessa, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004, 197 ss. e 201 ss.). Sulla *Aufrechterhaltung* del contratto dispositivamente modificato non quale *Härte* bensì nei termini di un *Vorteil* giacché assicura al cliente, per effetto di quanto dispone il § 306, *Abs. 2 BGB*, un *günstigere Ersatzrecht*, v., in luogo di tanti, J. BASEDOW, *sub § 306 BGB*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 6 ed., München, 2012, Rn. 33 e SCHLOSSER, *sub § 306*, in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, §§ 305 - 310, cit. Rn. 29-34.

¹⁶ Il riferimento è alle dense pagine di A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 432 s. (del quale sono le due citazioni che seguono).

¹⁷ Donde la propensione a ritenere che debbano escludersi «aggiustamenti»: così A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, cit. 433. Ma può essere utile osservare che la Proposta di direttiva -sui diritti dei consumatori- dell'ottobre 2008 (COM/ 2008 - 614), più realisticamente aveva adottato la diversa (e semplificante) formula di un contratto «vincolante ... se può rimanere in vigore senza le clausole abusive» (art. 37).



Sicché, sembra di capire, è soltanto col medio di una loro combinata rilevanza che si può ricavare la regola «per il controllo dell'autonomia privata»¹⁸. E se, questione diversa ma connessa, al cospetto di una clausola penale abusiva il giudice dovesse provvedere a ridurla anziché procedere ad una declaratoria di nullità?¹⁹ Variabile, *per incidens*, che si può profilare sia officiosamente che nel caso sia il consumatore ad invocare una tutela correttiva – modificativa in luogo di una *stricto sensu* demolitoria. In senso contrario stenterebbe a valere l'argomento di una correlazione necessaria tra nullità parziale e sostituzione legale, da cui poi all'inverso il dogma di un'integrazione correttiva del giudice sempre presupponente la validità del patto²⁰: perché l'art. 7 del d. Lgs. 231/2002 si perita, notoriamente, di smentire questo assunto. E perciò giustizia distributiva *ope iudicis versus* una di legge?

La terza.

La Corte ha statuito che, ove la sostituzione sia il solo rimedio esperibile, il professionista venditore, responsabile di un difetto di conformità del bene compravenduto, non può opporsi alla stessa adducendo l'eccezione di un'eccessiva onerosità delle spese necessarie per procedere -rispettivamente- alla disinstallazione della *res* difettosa ed al reinstallo di quella nuova (conforme)²¹. È vero, osservano i giudici, che per l'art. 3, n. 3, c. 2 dir. 99/44 il diritto -primario- del consumatore all'esatto adempimento conosce il limite delle spese irragionevoli: ma, come prosegue la sentenza, se dovesse ammettersi che il giudizio sulla sproporzione del ripristino debba farsi non riguardo all'altra modalità di tutela -in forma specifica- bensì rispetto a *tutti* i rimedi previsti dalla direttiva, l'effetto sarebbe quello, nel caso di una sostituzione esperibile a costi ben più elevati di una riduzione (del prezzo) o di una risoluzione (del contratto), di vanificare l'interesse del consumatore ad un adempimento in natura. Il che, va da sé, può esser vero considerato che il riferire l'eccessiva onerosità della tutela manutentiva, quando una sola delle due *species* di cui questa si compone sia possibile, all'intera griglia dei rimedi di cui all'art.

dir. 99/44 CE, sortirebbe davvero il risultato di garantire al consumatore sempre e soltanto la garanzia -sussidiaria- di una tutela ablativa.

E tuttavia, chiosa la Corte, dovendosi valorizzare i *legittimi interessi finanziari* del venditore (§ 73), questo diritto del consumatore al rimborso delle spese necessarie al ripristino va «limitato» -§ 74- ad un importo proporzionato al valore della *res* (priva di vizi) ed all'entità del difetto. Quindi un correttivo dissimulante una specie di gratuità artificiosa²², tutto giocandosi, in realtà, nella prospettiva di un curioso «giusto equilibrio tra gli interessi» (§ 75): compresa la successiva statuizione sulla facoltà del consumatore, visto che il diritto ad un rimborso limitato può ingenerargli un *notevole inconveniente*, di domandare subito, se lo giudica più opportuno, una *congrua* riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto (§ 76). Di nuovo si profila, perciò, l'immagine di una tutela consumeristica, ispirata al canone, per la verità piuttosto sfocato²³, di una *maggior o minore convenienza* del rimedio. Canone che, alternandosi con quello di una reciprocità degli obblighi, trova normativamente il suo opposto speculare, nel diritto del professionista, che in pendenza del termine per recedere abbia prestato servizi o erogato acqua, gas od elettricità, a ricevere dal consumatore recedente un corrispettivo *proporzionale* a quanto fornito. Questo importo, recita l'art. 14, § 3 della direttiva 2011/83 UE, è calcolato «sulla base del prezzo totale concordato nel contratto»: ma ove questo fosse *eccessivo*, è parametrato sulla base del valore di mercato della fornitura eseguita. Ebbene, di là dalla curiosa circostanza di un vaglio (giudiziale?) sull'equilibrio sinallagmatico di un contratto scioltosi per recesso (e non invece quando l'esecuzione penda), non si riesce a comprendere quale dovrebbe essere il significato autentico di una disposizione che contravviene palesemente alla regola di un'insindacabilità dello squilibrio economico (art. 4, § 2 dir. 93/13) nei rapporti *b2c*: ovviamente allorché le clausole relative al prezzo ed all'oggetto (principale) del contratto risultino confezionate in modo trasparente²⁴. Per altro in questa prospettiva, ove si combinano disordinatamente pezzi di disci-

¹⁸ Così G. VETTORI, *Diritti, principi e tecnica rimediabile nel dialogo fra le corti*, cit. 255.

¹⁹ Una questione pregiudiziale, sollevata dal Gerechtshof te Amsterdam ed allo stato pendente: v. Asbeek Brusse c. K. De Man Garabito, causa C-488/11.

²⁰ Così M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2004, 138 e G. DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti d'impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi di pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, in *Studium iuris*, 2003, 13.

²¹ V. C. giust. UE, 16 giugno 2011, causa C-65/09 e causa C-87/09, *Weber e Putz*. Nei commenti in lingua italiana la questione di quale debba essere il prezzo per il ripristino della conformità è, invece, stranamente tralasciata o toccata solo incidentalmente.

²² Ironicamente di una «*sorte de jugement de Salomon*» discorre E. POILLOT, *Obs.*, in H. AUBRY – E. POILLOT – N. SAUPHANOR BROUILLAUD, *Droit de la consommation*, in *D.*, 2012, 845, mentre G. PAISANT, *Quelles obligations pour le vendeur qui délivre un bien défectueux?*, in *Sem. jur. - Éd. gén.*, 2011, 1761 ss. parla -1767- parla di una riserva che rischia di «*restreindre sérieusement la portée pratique*» della sentenza.

²³ Una critica pungente al ragionamento della Corte si legge in C. AUBERT DE VINCELLES, *Obs.*, in *RTD eur.*, 2011, 632 ss.

²⁴ V. P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, 229 e, nel senso del testo, anche S. MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 884 s.



plina che non possono armonicamente coesistere, il legislatore italiano -delle cd. liberalizzazioni- non è da meno: quale traduzione in pratica può infatti mai ricevere lo statuire che i contratti aventi ad oggetto la cessione di prodotti agricoli ed alimentari, eccetto quelli col *consumatore finale*, devono essere informati a principi di trasparenza, correttezza, reciproca corrispettività (delle prestazioni) e *proporzionalità* (art. 62 D. L. 1/2012)? Specialmente, verrebbe da osservare, in un contesto contrattuale europeo ov'è evidente il trascorrere dal piano della giustizia sociale a quello della giustizia nell'accesso -*rectius* nell'accessibilità- al mercato.

Conclusione: in un panorama così vorticosamente mosso, da bussola non può fungere la, seppur analitica, descrizione episodica di una singola fattispecie bensì, come si diceva, l'individuazione del *problema* - quale tutela per il consumatore?- elevato a fattore attrattivo di un insieme sistematico di norme. Norme di cui, avendone ricostruita la *ratio* protettiva ispiratrice, resta però un *posterius* e non un *prius* ipotizzare un'estensione analogica -la formula è ancora attualissima- «a gruppi di fenomeni diversi alla cui base» si registra tuttavia «il medesimo *Grundproblem*»²⁵. Come, col medio di una disamina separata di ciascuna delle questioni elencate nell'*incipit*, in queste pagine si cercherà subito di evidenziare.

2. Prima fattispecie: la nullità di protezione come rimedio soddisfacente dell'utilità sperata (o del risultato economico atteso) dal consumatore.

La *Pereničová e Perenič* è una sentenza che si presta ad una molteplicità di interpretazioni. Certo, desta sorpresa che, per l'essere la direttiva 93/13 rivolta ad un'armonizzazione minima derogabile *in melius* (art. 8), si giudichi compatibile con l'obiettivo di realizzare (e strutturare) il mercato interno una legislazione nazionale contemplante il venir meno dell'intero contratto ove ciò giovi di più al consumatore. Diversamente da quanto si legge in motivazione, non è un livello di protezione aggiuntivo, un *plus* cioè quanto piuttosto un *aliud*. Ma tant'è: già la *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* (C-484/08)²⁶, sulla derogabilità dell'art. 4, § 2 quanto all'esenzione dal giudizio di vessatorietà delle clausole relative all'oggetto principale del contratto ed al rapporto di perequazione tra il prezzo ed i beni (o i servizi) forniti in cambio, è un esempio

sintomatico -e per altro neanche necessario²⁷- di armonizzazione tradita²⁸. In realtà, se meglio si riflette, sorprende assai di più che, per via di una diffusa quanto equivoca qualifica di *specialità*, sia stato adombrato il tentativo di trasformare l'art. 6 della direttiva 93/13 in un disposto contemplante il diritto del consumatore a scegliere, secondo calcoli legati ad un occasionale opportunismo sopravvenuto, tra una nullità parziale ed una totale: quand'è di tutta evidenza che, almeno l'art. 36, c. 1 e 3 c. cons., dà corpo per parte sua esclusivamente ad una tecnica di rideterminazione *ex lege* del contenuto del contratto, nel segno di un'integrazione conformativa del regolamento. Che, se del caso, può darsi anche «per sottrazione»²⁹. È vero che il disposto dell'art. 36, c.

²⁷ Ove, come pare corretto, si proceda ad un'interpretazione restrittiva della nozione di *squilibrio economico*: per la quale sia consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *Per una lettura dell'abuso contrattuale: contratti del consumatore, dell'imprenditore debole e della microimpresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2010, I, 409 ss.

²⁸ Così A. VIGLIANISI FERRARO, *La sentenza Caja de Ahorros e l'armonizzazione tradita*, in *Contratti*, 2010, 880 ss.

²⁹ V. A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 67. Altro poi è il discorso se la pubblicizzazione di un TAEG inferiore a quello contrattualmente imposto costituisca una pratica commerciale ingannevole ai sensi degli art. 21 e 22 c. cons. e sia per questo idonea a qualificare in termini di abusività la clausola riportante (l'erroneo) costo totale del credito. Due quesiti rispetto ai quali pare corretto doversi esprimere così: *nulla quaestio* sulla circostanza che il TAEG costituisca un'informazione essenziale e la sua irregolare trasmissione, in forza del combinato disposto del comma 1 lett. d dell'art. 21 e dei commi 1 e 5 dell'art. 22 c. cons., possa integrare un'omissione ingannevole ostativa a che il consumatore possa maturare una decisione negoziale consapevole. Più che fondare un'autonomia (ed automatica) causa di vessatorietà -come proposto da S. ORLANDO, *The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice*, in *ERCL*, 2007, 40 ss., a motivo dello stato di incertezza così ingeneratosi sui diritti e doveri contrattuali spettanti al consumatore- pare però che la suddetta pratica commerciale scorretta, in stretta aderenza d'altronde al motivare della Corte (§ 41), sia destinata a rilevare quale elemento da includersi tra i fattori di accertamento giudiziale dell'abusività, con una sua ricomprensione perciò nel novero di quelle 'circostanze esistenti', di cui l'art. 34, c. 1 c. cons. fa espressa menzione, al momento della stipula del contratto (§§ 43 e 46). Dunque, non un'induzione automatica e tanto meno una presunzione, bensì una rimessione al per altro ampio -vista la lettera dell'art. 34, c. 1- accertamento valutativo del singolo giudice (v. *amplius* S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II). Per il vero poi -v. *infra Pohotovost' s.r.o.*, nt. 37- neanche è da scartare il fatto che un TAEG *conteggiato erroneamente*, al pari di uno *omesso*, rendendo la clausola principale sul prezzo intrasparente, possa refluire nel disposto dell'art. 34, c. 2 c. cons. Col rimedio speciale, per altro, dell'art. 125-bis, c. 7 lett. a. (v. *infra*, in questo §). Ma sembra difficile che si possa andare oltre: e, in ogni caso, è escluso -la Corte lo mette in risalto recisamente- che il solo integrarsi di una pratica commerciale scorretta, visto che la direttiva 2005/29 non involge i profili relativi alla validità ed all'efficacia del regolamento contrattuale (art. 3, § 2), possa importare il venir meno della clausola o del contratto. D'altronde se si muove dall'assunto che, almeno nell'ordinamento italiano, una nullità

²⁵ Così A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, cit. 194 (nt. 5).

²⁶ V. C. giust. UE, 3 giugno 2010, in *Racc.*, 2010, I - 4785.





1, con una singolare tecnica di «nascondimento del problema»³⁰, pecca per difetto: ma la proposizione eccettuativa omessa si sostanzia in una nullità totale -per essenzialità oggettiva inintegrabile- «di ragione naturale»³¹, non in una parzialità *salvo* che il consumatore disponga *diversamente* (se ciò gli è più favorevole) o in quanto la *condizione* di questi risultati elevata a misura-limite dell'efficacia parziale del contratto. Semmai, questione su cui si tornerà nella chiusa di questo scritto, v'è da chiedersi se il *nascondimento* racchiude pure la (seconda) fattispecie di una nullità integrale per un difetto di funzionalità che sia tutt'uno col sacrificio intollerabile per una delle parti: ipotesi, anche per la caratterizzazio-

per contrarietà a buona fede si giustifica sì ma in forza dell'art. 1418, c. 3 anziché del c. 1, manca scopertamente la premessa per argomentare, ai sensi dell'art. 19, c. 2 lett. a) c. cons., un'invalidità di questo contratto. Almeno finché gli obblighi di informazione violati non risulta che abbiano per oggetto «una causa di invalidità» (v. C. CASTRONOVO, *Patologie contrattuali, invalidità e risarcimento*, in Bellavista - Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, cit. 44). Insomma ritorna, pure a tal riguardo, la distinzione -di sicuro valore orientativo per l'interprete (v. G. D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione. (Variazioni sulla nullità)*, in AA.VV., *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini S., Torino, 2009, 14 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2008, 613 e, per chi lo voglia, S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, 1044.- tra una nullità di protezione virtuale, incompleta ma testuale (v. art. 52, c. 3 e 67-septiesdecies, c. 4 c. cons.) ed una nullità virtuale di protezione: che, in quanto contravviene ad un principio di stretta legalità, non è configurabile. E se è vero che tutto dipende «dal tipo di incidenza che la inosservanza della regola imperativa violata è in grado di esplicare sul regolare funzionamento ... dell'atto» (così V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, ora in *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2011, 393), potendo ben darsi delle norme cogenti di comportamento incorporanti un giudizio di validità, almeno ogni qual volta l'informazione violata è divenuta *per tabulas* presupposto inderogabile di validità (v. C. CASTRONOVO, *Patologie contrattuali, invalidità e risarcimento*, cit., 45), non è che per questo salti la distinzione tra regole di validità e di comportamento. Ammettere, com'è pure corretto fare, che non si danno due *species* di norme imperative ma soltanto «modi diversi di violar[le]» (M. BARCELLONA, *Mercato mobiliare e tutela del risparmio*, Milano, 2009, 49) attesta infatti che l'invalidità può inerire sia all'atto che al rapporto. Se non fosse che il valutare la modalità operativa «della imperativa regola di azione rimasta inosservata» (così V. SCALISI, *op. loc. ult. cit.*) è e rimane, nel nostro ordinamento, affidata ad una riserva di legge e non al giudice. Con l'annesso distinguo tra nullità testuali e nullità per violazione di un ordine pubblico economico di protezione: delle nullità di protettive che, ove ricorrono le condizioni di legge, può discutersi se siano estensibili analogicamente a fattispecie, contemplanti degli obblighi informativi, rispetto alle quali il legislatore nulla abbia disposto. V., al riguardo, G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, cit. 826-828.

³⁰ Così C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 39.

³¹ Cfr. C. CASTRONOVO, *op. loc. ult. cit.*

ne dell'art. 36, c. 1 nei termini di una *sanzione*³², misconosciuta (se non depennata) fin oggi nel sistema italiano.

E tuttavia, il catalogo degli argomenti, di primo acchito formulabili per ribattere ad un'interpretazione degli artt. 6 e 36 che li rinserra in una correzione dispositiva del contratto predisposto, sulla carta ci sono ed ammontano essenzialmente a quattro: la situazione di vulnerabilità -tecnica, per altro e non socio-economica³³- del consumatore, la dottrina comunitaria del cd. intervento positivo del giudice in funzione compensativa dell'asimmetria, il canone della protezione ottimale (o di una stringente effettività della tutela consumerista) e, da ultimo, la (pretesa) diversa natura dell'integrazione legale in caso di nullità. Quattro argomenti all'apparenza di spessore, in special modo per chi volesse muovere nel ragionamento da una, per la verità «malintesa» e però assai diffusa, «propensione garantista nei confronti del contraente consumatore»³⁴, ma in realtà spuntati. E non è poi così ermeneuticamente sofisticato dimostrarne l'infondatezza. Gli è, infatti, che il qualificare l'interesse del consumatore come un criterio valutativo idoneo a definire la *sorte* del contratto ov'anche questo, nonostante l'espunzione della clausola, non risulti dimidiato nella sua funzione, è apertamente contraddetto da una pluralità di fattori: dei quali se è vero che, presi singolarmente, può discutersi, pare invece assai difficile, letti nell'insieme, contestare la complessiva persuasività.

Intanto la formula condizionale dell'art. 6, un contratto che rimane valido per il resto se può «sussistere senza le clausole abusive»: non una formula nitida indubbiamente³⁵, ma se si assume, come i più fanno³⁶, che la *ratio legis* comunitaria immedesima il *vantaggio* del consumatore coll'*interesse* a riceve-

³² Nitida nel periodare di G.B. FERRI, *La 'cultura del contratto e la struttura del mercato'*, cit. 870.

³³ V. A. GENTILI, *La 'nullità di protezione'*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 82 e A. NICOLUSSI, *I consumatori*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2008, 402 s., 425 e 430 ove tecnica è espressione compendiosa riassuntiva di una minorità dovuta di volta in volta ad asimmetrie informative, aggressività delle forme di vendita, difficoltà tecnologiche del contratto *et similia*.

³⁴ Così S. MAZZAMUTO, *Equívoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in Alessi (a cura di), *La vendita di beni di consumo*, Milano, 2005, 365.

³⁵ *Indefinita* è l'aggettivo che si legge in E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit. 85.

³⁶ V. S. MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, 565 e ss.; E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Paris, 2006, 172 (il diritto europeo intende preservare «la *satisfaction matérielle procurée au consommateur*») e v. pure il ventiduesimo *Considerando* della direttiva 93/13, ove il rapporto tra una parzialità quale regola ed una totalità come eccezione è meglio esplicitato.

re la prestazione negoziata, va poi da sé che i casi di nullità *del* contratto si assottigliano ad un numero esiguo di fattispecie *eccezionali*. Quali *deroghe*, visto che la nullità totale travolge la causa di consumo del singolo contratto, incorporanti un *limite* al normale svolgersi di una nullità altrimenti limitata ad un *certo* effetto. Nell'ordinanza *Pohotovost' s.r.o.*³⁷, ove l'intrasparenza della clausola principale è riconosciuto possa costituire ragione diretta (e non mediata) di abusività³⁸, il rimando ad una nullità totale come «corollario possibile»³⁹ della parzialità ma per un'impossibilità oggettiva di sussistenza del contratto, nel caso non si abbia un precetto legale dispositivo rilevante quale materiale di sostituzione, è netto.

Sovviene poi il dato che, in seno alla normativa consumeristica, constano soltanto due casi di nullità *del* contratto: l'art. 67-*septies decies*, co. 4, in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari, e l'art. 125-*bis*, c. 8 t. un. bancario, per l'ipotesi del cd. credito al consumo. Ed entrambi, oltre che *espressamente* disposti dal legislatore, sono costruiti nei termini di una rigida -seppur non impeccabile- testualità enumerativa, limitata talora dal concorrente criterio di una integrazione *ex lege* dell'elemento carente (v. art. 125-*bis*, c. 7, lett. a e b, per i casi della mancata indicazione del TAEG e del termine di durata del contratto), vocata di rimando a derogare in termini di *specialità* ad un altrimenti implicito venir meno del contratto per effetto di quanto statuirebbe la disposizione *generale* di cui all'art. 34, c. 2 c. cons.⁴⁰. Nessun caso invece è

contemplato di un contratto nullo nella sua interezza a motivo di un interesse *determinante* del consumatore. Che si mostra perciò un interesse irrilevante in via autonoma ed *automaticamente*.

Chiude il tutto la constatazione, compendiante in fondo il ragionamento, che se il contrarre per una specifica attività di consumo incorpora un sovrappiù assiologico preminente sull'interesse del professionista ad allegare l'essenzialità della clausola ex art. 1419 c.c., correlativamente il rischio di un mancato *exit* dal contratto, per una sopravvenuta disutilità dell'affare, dovrà però essere a carico del consumatore⁴¹. Gli è infatti, come osserva la stessa Corte⁴², che dei contratti *b2c* soggetti alla condizione risolutiva -meramente potestativa- di una selezione casistica del significato più conveniente al consumatore attentano alla sicurezza della circolazione giuridica, dimidiando *a posteriori* l'obbiettivo comunitario di un consolidamento del mercato unico. Tecnicamente la nullità di protezione consumeristica, salvaguardando la razionalità dell'agire negoziale a garanzia di un mercato concorrenziale efficiente, è una nullità mista, «in parte di interesse privato» seppur seriale, «in parte d'interesse pubblico»⁴³. Non si può perciò utilmente sostenere che una parzialità di *minor convenienza* della totalità trasmuta una nullità, pur sempre operante soltanto *a vantaggio* del consumatore⁴⁴, in una *a suo sfavore*: per il semplice motivo che una nullità ancipite gradua oggettivamente l'efficacia del contratto *parzialmente esegui-*

³⁷ V. C. giust. UE, 16 novembre 2010, causa C-76/10.

³⁸ In quanto che è proprio la omessa indicazione del TAEG, quale contravvenzione all'obbligo di confezionare in maniera chiara e comprensibile un'informazione essenziale, a rilevare non come indizio accertativo ex art. 34, c. 2 c. cons. ma quale causa identificante l'abusività della clausola relativa al costo del credito. Clausola che, per l'essere intrasparente, determina allora si direbbe, nel segno del § 307, *Abs.* 1 2 cpv. *BGB*, uno svantaggio inadeguato o irragionevole per il consumatore. Ed il rilevare, come fa la Corte, che, acclarata anche d'ufficio la vessatorietà, il giudice dovrà trarne «tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale» è soltanto un modo nominalmente diverso per dire che la potestà del giudice di statuire la nullità totale è «implicit[a] nella domanda» di caducazione parziale (così C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit. 40).

³⁹ L'espressione è di C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit. 40.

⁴⁰ Sul connesso -ma diverso problema- di clausole per così dire ancipiti in quanto nello stesso tempo nulle (per contrarietà a norme cogenti di settore) e presuntivamente (seppur *iuris tantum*) vessatorie ai sensi dell'art. 33, c. 2 c. cons., epperò da considerarsi per il primo motivo «incluse in una lista nera» v. G. D'AMICO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti con i consumatori*, cit. 341. Un tipico esempio, implicante una vera e propria *actio finium regundorum* con le singole epifanie di questo diritto cogente settoriale, si riscontra -*inter alios*- nell'art. 45, c. 2 c. tur.

⁴¹ Nell'ordinamento tedesco, come nota C. ALEXANDER, *Vertragsrecht und Lauterkeitsrecht unter dem Einfluss der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, in *WRP*, 2012, 518 e più avanti si vedrà (§ 10, testo e note), è previsto il caso di una *Gesamtnichtigkeit* del contratto, depurato della clausola vessatoria, ove per effetto della caducazione parziale e della relativa rettifica, ne dovesse sortire un sacrificio irragionevole -*unzumutbare Härte*- per una delle parti (§ 306, *Abs.* 3 *BGB*). E, sebbene il testo comunitario, non rimandi al *Zumutbarkeitskriterium* della legge tedesca, *prima facie* si potrebbe pure prospettare un nesso di continenza tra una nullità totale come rimedio *vorteilhafter* per il consumatore ed una caducazione del contratto a seguito di una *Feststellung der Unzumutbarkeit*. Se non fosse che, per giurisprudenza consolidata, il § 306, *Abs.* 3 *BGB*, non si applica al caso in cui «*der Kunde im Falle der Gesamtnichtigkeit geringere Rückzahlungen leisten müsste als im Falle einer Unwirksamkeit einzelner Klauseln*». V., comunque, anche *infra* nt. 112.

⁴² V. C. giust., 15 marzo 2012, cit. §§ 31 - 33 e V. TRSTENYAK, *Conclusioni* nella vicenda *Pereničová c. S.O.S. financ. spol. Sro*, causa C-453/10, § 3 (ivi il riferimento alla «stabilità dei rapporti giuridici»). Già prima per altro, incisivamente, p. SCHLESINGER, *Introduzione*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, cit. 389.

⁴³ Così A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, in *Riv. not.*, 2010, p. 297. Ma v. pure M. NUZZO, *Nullità speciali e responsabilità del notaio*, Studio n. 271-2008/C del Consiglio Nazionale del Notariato, in *Studi mat.*, 2009, p. 104 ss.

⁴⁴ Formula, è bene ricordarlo, tutta domestica che non ricorre nell'art. 6 della direttiva 93/13.



to, assecondando la libertà contrattuale convergente (colla) e non dissonante (dalla) realizzazione dell'interesse programmato⁴⁵. Anche, non lo si trascuri, a tutela dei terzi.

Risultato, non essendovi un dato normativo, financo implicito o indiretto, che corrobori il conio dell'interesse *più vantaggioso* per il consumatore quale canone, comunitariamente orientato, determinante un'invalidazione del contratto «*secundum eventum litis*»⁴⁶, ipotizzare una nullità di protezione *virtualmente* totale si mostra allora un *non sense*: gli artt. 6 e art. 36, c. 1 non annoverano infatti, nella griglia dei loro interessi protetti, quello del consumatore, acquirente (di un bene) o fruitore (di un servizio) a *riappropriarsi* della libertà di negoziare con altri professionisti. D'altra parte non è chiaro, ove il contenuto del contratto parzialmente nullo sia determinabile in applicazione delle comuni disposizioni normative (§ 306, *Abs. 2 BGB*), perché il giudice dovrebbe decidere della sua conservazione adattando commisurativamente la vincolatività di legge -art. 1372 c.c.- all'interesse «effettivo o presunto» del consumatore.

Come infatti la stessa Corte di giustizia prontamente rileva *l'interesse effettivo* del consumatore rilevante *per legge* è quello diretto al contratto, stralciato ovviamente lo quanto squilibrava, non al suo annientamento. Per una presunzione *iuris et de iure*, pienamente ottemperante all'assunto di una *nullità -funzione*⁴⁷, escludente *sic et simpliciter* che il consumatore possa procedere a scegliersi il tipo di domanda alla stregua di una *choix d'action*. E se può esser vero che soltanto una finzione -di un'autonomia «efficiente» se appropriativa dell'utilità sperata⁴⁸- regge l'assunto di una nullità totale sempre «in aperto contrasto con l'interesse del contraente protetto»⁴⁹, ove beninteso quest'interesse sia quello *contingente* legato all'irripetibile dinamica della

singola fattispecie concreta⁵⁰, deve contemporaneamente mettersi ben in risalto come questa obiezione supponga l'esistenza, nel corpo dell'art. 36, c. 1, di un interesse del consumatore che si *aggiunge* a quello valorizzato dalla conservazione del contratto mutilato. Un concreto interesse ablativo, vincente su quello del professionista alla stabilità dell'operazione economica, di cui però -questo il distinguo essenziale- non è dato rinvenire una qualche traccia. Ad ammetterlo, infatti, si avrebbe come conseguenza un atteggiarsi della nullità come un diritto a disporre del contratto *ad libitum*, quando invece è evidente che la protezione del consumatore, intercettando anche le esigenze della produzione, si svolge secondo modalità proprie di una tutela in qualche misura *coattiva*. Con l'aggettivo ad indicare, e l'avviso della Corte artefice di questo enunciato troppo spesso vien frainteso⁵¹, che può costituire un *inconveniente sproporzionato* ammettere uno scioglimento del vincolo senza spese né motivazione. D'altra parte, nella ben diversa prospettiva di una *economicizzazione* del diritto contrattuale europeo, non sortirebbe un miglior risultato chi ambisse a giustificare la nullità totale nei termini di un *private enforcement* in vista di una *market clearance*⁵². Gli è infatti che l'idea, tutt'altro che paternalistica, di un venir meno del contratto come vicenda da preferirsi, nell'ottica del buon -o di un miglior funzionamento del mercato- in quanto lo scioglimento diventa allora strumentale al dischiudersi di una «nuova (e, magari, diversa) scelta da parte del consumatore», orientata dal gioco della concorrenza e non «falsata dall'abusività del regolamento», trascura evidentemente di considerare: a) che un consumatore proteso a rinegoziare quello stesso bene con altri, quando non si tratti di un servizio essenziale, è soltanto un'eventualità; b) che l'obbligo di eseguire il contratto non può trapassare, secondo i dettami dell'analisi economica del diritto, in un «dovere ipotetico»⁵³ (a motivo di una *unüberwindbare Informa-*

⁴⁵ Cripticamente l'Avvocato Generale V. TRSTENJAK, *Conclusioni* nella causa 453/10, cit. § 63 discorre di uno scopo «nel ristabilire l'uguaglianza», s'intende tra le parti, «e non invece nell'eliminazione dell'intero contratto».

⁴⁶ Cfr. F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998, 87.

⁴⁷ Tale perché veicola l'«esigenza gestoria di garantire maggior efficienza e calcolabile razionalità al regolamento contrattuale»: così, elegantemente, V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, cit. 388.

⁴⁸ L'aggettivo è di V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 293 (c. vo nel testo). Di un consumatore «normalmente interessato» al contratto discorre E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit. 89.

⁴⁹ V. G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995, 221 e ad un «test» che «sarebbe il più delle volte scontato» si richiama S. MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Europa dir. priv.*, 1998, 47.

⁵⁰ È a questo tipo di interesse, si suppone, che intende alludere P.M. PUTTI, *La nullità parziale*, Napoli, 2002, 66 allorquando scrive che la parzialità «non può considerarsi sempre la migliore [soluzione]».

⁵¹ Il riferimento è a C. giust. CE, 10 marzo 2005, causa C-336/03, *Easy Car Ltd. c. Office of Fair Trading* (su di un caso involgente la direttiva 97/7/CE).

⁵² La locuzione è di H.W. MICKLITZ, *La mano visibile del diritto privato europeo in materia normativa. La trasformazione del diritto privato europeo dall'autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolamentazione*, Firenze, 2010, 25, mentre l'esposizione ragionata dell'argomento si legge E. GABRIELLI - A. ORESTANO, *Contratti del consumatore*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, Agg., IV, Torino, 2000, 259, nt. 96 (dai quali la citazione)

⁵³ La felicissima espressione è di L. MENGONI, *Sull'efficienza come principio giuridico*, ora in *Id.*, *Scritti I - Metodo e teoria*



tionsasymmetrie)⁵⁴; ancora c) che, valga poi come rinunzia processuale o sanatoria, siccome edittalmente assume un precipuo rilievo la volontà del consumatore (art. 36, c. 3), sembra che l'ordinamento anteponga l'aspettativa individuale alla cd. efficienza sistemica del singolo scambio⁵⁵; e, dato ancor più stringente, che d) la declaratoria di nullità consumeristica prescinde totalmente dal riflesso anticoncorrenziale che, *in concreto*, può aver prodotto la singola pratica commerciale adottata dal professionista a o b. Chi può d'altro canto negare che i PECL (art. 6:306) e lo Studio di fattibilità (art. 80.2) si ispirano ad una logica di razionalizzazione del mercato dove regola è la parzialità dell'effetto ablativo *-where the contract can be maintained without the unfair contract term, the contract terms remain binding-* anche in virtù della residua efficienza economica del contratto emendato?

Solo una *nullità parziale necessaria*, insomma, è pienamente coerente all'obbiettivo, permeante tutta la trama della direttiva 93/13, di reprimere quelle forme di predisposizione unilaterale del contratto che, per il fatto di svolgersi disapplicando un diritto dispositivo non *eventuale* (o suppletivo ma in quanto limite) *semiderogabile*⁵⁶, confezionano degli abusi emendabili prevalentemente, una volta soppressa la clausola squilibrata, col medio di un'interpolazione successiva proprio di quella norma dispositiva *equa* in origine pretermessa. D'altronde in un contesto nel quale, proprio perché effettuata *unilateralmente*⁵⁷, la derogabilità del diritto dispositivo è ammessa solo in termini condizionali⁵⁸, una deroga

arbitraria può ben essere causa di nullità⁵⁹: ma parziale e non totale *ad usum consumatoris*, se non si vuole dilatare la nozione di nullità protettiva fino a snaturarla, compromettendo quell'attitudine conformativa che ne fa un rimedio funzionale al concreto soddisfarsi dell'originaria utilità al bene o al servizio⁶⁰.

Che allora, e nell'ottica testé illustrata questo enunciato ha il significato di un corollario, l'art. 36, c. 1 e 3, per il fatto di risultare inserito in una parte generale e di avere quindi costitutivamente una vocazione sistemica, si trovi a giocare il ruolo di un precetto «residuale»⁶¹, applicabile additivamente in via diretta (e non analogica)⁶² a quelle nullità consumeristiche di dettaglio spesso comminate in maniera incompleta?

3. Il parallelismo, nell'ottica di una causa di consumo, tra gli artt. 130 e 36, c. 1. c. cons.

Quello dell'art. 36, c. 1 non è per altro il solo caso nel quale una vicenda correttiva del risultato contrattuale è inderogabilmente sottratta alla disponibilità unilaterale del consumatore. Già l'art. 41, c. 4 c. tur. prospetta, per esempio, una forma di adempimento sanante prevalente sulla libertà del turista di recedere dal contratto, se è vero che l'organizzatore eseguendo una prestazione sì egualmente soddisfattiva e pur tuttavia diversa da quella convenuta, riesce ad avviare ad un inadempimento rilevante⁶³.

giuridica, a cura di C. Castronovo – A. Albanese – A. Nicolussi, Milano, 2011, 265.

⁵⁴ V. P.C. LEYENS – H.B. SCHÄFER, *Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen*, in *AcP*, 2010, 783 s.

⁵⁵ Nel senso, proprio all'opposto di massimizzare l'utilità economica del sistema, di «tollerare assetti negoziali contrari [al mercato]»: v. L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, 109. In questo senso, allora, non è vero che la policy legislativa comunitaria si orienta nel senso di «incistare»

⁵⁶ Il trascorrere dall'una all'altra lettura ben si coglie compulso lo scritto di L. RAISER, *La libertà contrattuale oggi*, ora in *ID.*, *Il compito del diritto privato*, Milano, 1990, 63 ss. (ed ivi il richiamo al contenuto di giustizialità (*Gerechtigkeitsgehalt*) delle norme dispositive come «regola giusta» del caso medio).

⁵⁷ Perché se compiuta bilateralmente, leggi a seguito di una trattativa (art. 34, c. 4 c. cons.), vale ed è qualificabile come «risultato di un atto di autonomia negoziale di entrambi i contraenti»: così G. D'AMICO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti con i consumatori*, cit.

⁵⁸ V., in luogo di tanti G. D'AMICO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti con i consumatori*, cit. 350 s. e, prima ancora, quanto al fatto che, ove si faccia questione di contratto predisposto, non si registri una differente relazione tra diritto dispositivo ed autonomia privata «sibbene una diversa... resistenza offerta dal primo alle modifiche apportate [unilateralmente]» v. A. DI MAJO, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, cit. 73 (c. vo nel testo).

⁵⁹ V. A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit. 252.

⁶⁰ Nel suo scritto C. ALEXANDER, *Vertragsrecht und Lauterkeitsrecht unter dem Einfluss der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, cit. 518 fa giustamente notare che la *Gesamtnichtigkeit* del contratto -per irragionevolezza del vincolo, non certo per una disutilità sopravvenuta unilaterale- deve rilevare come *posterius* di una «*umfassende Abwägung der Interessen beider Parteien*». Sicché, in quest'ottica diventa difficile sostenere, come invece si legge in P.M. PUTTI, *La nullità parziale*, cit. 56 – 59 e 63 s. che tutto dipende da un'interpretazione teleologica della singola disposizione violata. Meno ancora poi persuade il rilievo di H.W. MICKLITZ – N. REICH, *Und es bewegt sich doch? Neues zum Unionsrecht der missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen*, cit. 128 che si richiamano ad una *ergänzende Vertragsauslegung* d'ufficio del giudice.

⁶¹ L'aggettivo è di G. D'AMICO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti con i consumatori*, cit. 343.

⁶² L'analogia è preferita da G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit. 235 ss.: ma forse l'impostazione si spiega col contesto normativo vigente al momento di composizione dello scritto.

⁶³ V. *amplius* S. MAZZAMUTO, *Il contratto di pacchetto turistico*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Milano, 2007, II, 992 s. e E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, cit. 206.



Il parallelismo più calzante è però con l'art. 130, cc. 2 e 3 c. cons., quanto all'inderogabilità unilaterale della gerarchia rimediale in tema di vendita di un bene di consumo.

L'argomento contrario è noto⁶⁴: siccome l'indiscusso primato della tutela ripristinatoria su quella ablativa relega in una condizione di conclamata sussidiarietà i rimedi della riduzione del prezzo e della risoluzione del contratto, si avrebbe anche qui un dato normativo che comprime, in molti casi del tutto immotivatamente, l'interesse del consumatore a liberarsi subito del contratto. Si pensi, stando all' semplificazione abituale⁶⁵, all'ipotesi del consumatore che non nutre più un serio affidamento sulla professionalità del venditore ovvero che ha ormai perso ogni fiducia sulla qualità dei prodotti da quest'ultimo commercializzati. È vero che la riparazione e la sostituzione, quali forme di garanzie contrattuali in natura, ben assecondano l'interesse del consumatore ad acquisire il «valore d'uso» del bene acquistato⁶⁶: ma, come per lo più si chiosa⁶⁷, non per questo il ripristino della conformità può assumere *sempre* al rango di miglior rimedio protettivo. Da cui poi, secondo un periodare che ancora impera, i tentativi – numerosi- o di sovvertire interpretativamente l'ordine dei rimedi ogni qual volta ricorra una giusta causa inerente alla persona dell'alienante o di immaginare, secondo la logica del doppio binario, un concorso alternativo di tutele, consumeristiche e di quelle della vendita (artt. 1492 ss.) o, più in generale, di diritto comune (art. 1453)⁶⁸.

Orbene, anche qui si deve però considerare che l'art. 130 riproduce fedelmente la logica di una direttiva -la 99/44- per la quale il difetto di conformi-

tà, vulnerando una causa specifica di consumo (*scil. l'affare*)⁶⁹, in realtà rileva come un vizio che incide sullo «scambio economico» tra le parti. E siccome il riequilibrio di questo scambio è tutt'uno *ex lege* con l'attuarsi dell'originario bisogno del consumatore, non si può sostituire ad un ripristino ancora possibile, nella misura in cui per il suo tramite si produce una vicenda corrispondente all'esatta esecuzione del contratto, una tutela per equivalente. È vero, naturalmente, che una tutela manutentiva, nell'ottica di un sistema protettivo ispirato al canone del massimo effetto utile per il consumatore, non soddisfa l'eventuale interesse di questi ad un subitaneo caducarsi del contratto in vista di un secondo negoziare -per un bene dello stesso o di un diverso genere merceologico- con un altro professionista⁷⁰: sennonché, come si è fatto notare, nell'«acquistare per consumare» non è ricompresa anche la protezione «per un mancato guadagno»⁷¹.

Insomma, chi censura l'art. 130 in quanto dimidia la tutela del consumatore, precludendogli l'impiego dell'azione più *conveniente*, trascura di considerare che quella dell'art. 130 non è la *minima* ma la *massima* forma di protezione possibile: gli è infatti che questa disposizione non valorizza *qualsiasi aspettativa* del consumatore ma quel suo solo specifico interesse che si sostanzia nell'acquisire, rispetto alla *res* compravenduta, l'uso o il godimento contrattualmente programmato. Sicché se il consumatore, per quanto nulla dal contesto circostanziale lasci ragionevolmente antivedere che la tutela contrattuale in natura si tradurrà in un notevole inconveniente (art. 130, c.), potesse subito domandare la risoluzione del contratto, l'effetto sarebbe quello di una «tutela sovrabbondante»⁷² e, quanto al risarcimento del danno, ingiustificata. Mentre infatti al danno emergente, ove si registri la perdurante disponibilità di una garanzia rimediale in forma specifica, provvedono gli strumenti ripristinatori della riparazione (o della sostituzione), per quanto attiene al lucro cessante è la stessa circostanza che il sistema protettivo dell'art. 130 si appunta su di un'utilità specifica di consumo ad escluderne la rilevanza. Una forma di liquidazione del mancato guadagno, come lucidamente si è scritto, è logicamente «incompatibile» con tale interesse⁷³. E, nonostante il contrario avviso

⁶⁴ E più articolatamente lo si può leggere in A. LUMINOSO, *Chiose in chiaroscuro in margine al D. Legisl. n. 24 del 2002*, in *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econom.*, Padova, 2003, 34 ss. (ID., *La compravendita*, 7 ed., Torino, 2011, 359 s.); BIN, *Introduzione*, *ibid.*, 4 s. *Contra*, con ampia argomentazione, G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli – E. Minervini, Torino, 2005, II, 1034 ss.

⁶⁵ Consultabile diffusamente in R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, Napoli, 2007, II, 284 ss. Ma v. P. SCHLESINGER, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Corr. giur.*, 2002, 561 ss.

⁶⁶ Così A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 558 e PATTI, *La vendita di beni di consumo*, in *Obbl. e contr.*, 2008, 681.

⁶⁷ Cfr. A. LUMINOSO, *Chiose in chiaroscuro in margine al D. Legisl. n. 24 del 2002*, cit. 36 ed *amplius* C. AUBERT DE VINCELLES, *Charge des frais liés au remplacement d'un bien vendu non conforme*, cit. 1238-1240.

⁶⁸ V., in special modo, R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, cit. 294 s. e MOSCATI, *Commento all'art. 1519-*quater*. Note introduttive*, in Garofalo – Mannino – Moscati – Vecchi (a cura di), *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, Padova, 2003, 294 s.

⁶⁹ Così R. ALESSI, *L'attuazione della direttiva nel diritto italiano: il dibattito e le sue impasse*, in R. Alessi (a cura di), *La vendita di beni di consumo*, cit. 11 s. (anche per la citazione che segue).

⁷⁰ Così ragiona BIN, *Introduzione*, cit. 5.

⁷¹ V. A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit. 549.

⁷² Così A. NICOLUSSI, *I consumatori*, cit. 425.

⁷³ Cfr. A. NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, cit. 549.



di una parte della dottrina⁷⁴, in un contesto siffatto, neanche è plausibilmente prospettabile una tutela risarcitoria nelle forme di un danno da ritardo: l'impetività del ripristino già rileva infatti, ai sensi dell'art. 130, c. 7 lett. B, quale presupposto per l'azionabilità dei rimedi -secondari- della riduzione del prezzo o della risoluzione del contratto.

Orbene, quand'è così, divien facile percepire una profonda affinità tra la logica rimediaria degli artt. 130 e 36, c. 1 c. cons.: l'inconfigurabilità di una tutela risarcitoria primaria, nella prospettiva di una *consumer protection* ispirata ad un metro di ragionevolezza, sembra infatti ricalcare -per non dire che si immedesima- l'esclusione di una nullità totale domandata dal consumatore, ai sensi dell'art. 1419, c. 1 c.c., non per un'(inesistente) *autoqualificazione* di essenzialità soggettiva⁷⁵ ma in ragione di un disinteresse riguardo alla parte residua del contratto.

4. La nullità parziale necessaria come rimedio deterrente.

In un contratto nel quale, per effetto della predisposizione unilaterale, manca un'intenzione comune dei contraenti, c'è anche un altro modo di declinare il «contenimento degli effetti»⁷⁶, caratteristico di ogni nullità di protezione: incentrandolo segnatamente sulla funzione *deterrente* che la forma della parzialità necessaria si trova ad esercitare su qualsiasi professionista. Posto infatti che ogni standardizzazione contrattuale è il risultato di un «calcolo di interessi analiticamente incorporato»⁷⁷, è vero che per il professionista qualsiasi clausola predisposta finisce per avere la foggia di un *essentiale negotii*, mentre non si può dire lo stesso -dato notorio- per il consumatore, presumibilmente risoltosi a contrarre per il conseguimento di un valore d'uso rispetto al quale la singola pattuizione limitativa della respon-

sabilità o incorporante un regime restrittivo delle eccezioni opponibili, è destinata ad assumere un significato *neutro*. Quindi non un intento comune delle parti bensì delle volontà dei contraenti orientate «verso direzioni divergenti»⁷⁸. Di qui allora, scanzionando l'argomentazione sul valore di un'*eccezione* alla regola generale, l'immagine di un art. 36, c. 1 come una disposizione il cui *proprium* sta tutto nel disapplicare, a mò di *sanzione* per il professionista, un test di di essenzialità *in re ipsa* dell'una o dell'altra clausola predisposta, estremizzando la finalità conservativa di un art. 1419, c. 1 che, per il peso isoforme ivi riconosciuto alla volontà di ambedue le parti⁷⁹, finirebbe ineluttabilmente per indurre il consumatore, onde evitare il prodursi di una nullità totale, a prestare «acquiescenza al contratto viziato»⁸⁰.

Risultato, «il contratto [che] rimane valido per il resto» come un modo per restaurare una parità tra i contraenti: un modo che, visto l'originario «ammanco di [una] volontà comune»⁸¹ ed il concorrente rideterminarsi del contenuto contrattuale in applicazione delle disposizioni di legge, comprime la *sola* autonomia del professionista assoggettandolo a delle conseguenze giuridiche *non volute*. Stipulativamente, il dato è notorio, si è parlato di una nullità parziale unidirezionale anziché a legittimazione riservata⁸²: e, sia poi quella dell'art. 36, c. 3 davvero una nullità relativa oppure no, la formula ha il pregio di evidenziare come una declaratoria giudiziale di vessatorietà tendenzialmente abbia come fine di non far cadere la parte restante del contratto o -dato sul quale si tornerà- *quanto* della clausola impugnata conserva funzionalità (e non arreca pregiudizio al consumatore)⁸³. Cioè i diritti e le facoltà che l'*elemento* di clausola -v. art. 34, c. 4 c. cons.- gli accorda.

Col che però, se così stanno le cose, si ridimensionano ancor di più i margini per ammettere, ai

⁷⁴ V., in luogo di tanti, R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali*, cit.

⁷⁵ Alla quale parrebbe alludere, sia pure allo scopo di escluderla, E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit. 85. E v. già J. GHESTIN - I. MARCHESSEAU-VAN MELLE, *L'évolution du droit des clauses abusives en France*, cit. 1368, secondo il quale *rien* giustifica la nullità totale perché «*par définition*» la clausola invalida «*n'a pas déterminé*» il consenso del consumatore.

⁷⁶ La felice espressione è di V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, 2 ed., Milao, 2011. Contra P.M. PUTTI, *La nullità parziale*, cit. 68.

⁷⁷ Così F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, 836 e S. MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, in *Contr. impr.*, 1994, 1097. V. anche SPOTO, *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012, 198 ss. e le *Conclusioni* dell'Avvocato Generale V. Trstenyak, nella causa 453/10, cit. § 50.

⁷⁸ Cfr. C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit. 40. e già prima, per la verità, A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, cit. 231.

⁷⁹ Lo fa notare A. GENTILI, *La 'nullità di protezione'*, cit. 117.

⁸⁰ Cfr. S. MONTICELLI, *Considerazioni in tema di nullità parziale, regole di comportamento e responsabilità del notaio*, studio 106-2009/C del Consiglio Nazionale del Notariato, in *Studi mat.*, 2009, 979 e E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit. 86.

⁸¹ Cfr. C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit. 41.

⁸² Almeno secondo A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, cit. 432.

⁸³ È come evidenzia A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, 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».



sensi dell'art. 36, c. 1, una nullità totale subiettiva *ex latere consumatoris*: per la semplice ragione che se il significato di questa norma è tutto affidato alla formalizzazione di una *deroga*, segnatamente al disapplicare l'allegazione di un'essenzialità manifesta *ex latere proferentis*⁸⁴, non c'è poi modo di ideare la rilevanza di un concorrente interesse del consumatore a nessun contratto perché variabile maggiormente consonante ad un contesto circostanziale mutato rispetto a quello in cui era maturato lo scambio, contro prezzo, del bene o del servizio acquistato.

Insomma, *nulla quaestio* sulla circostanza che l'art. 36, c. 1 sia una norma di protezione del consumatore: ma l'interesse garantito è soltanto *uno* e si dipana non in modo *intermittente* ma nei termini costanti di una tecnica di rettifica dispositiva del contratto disarticolante, come ben espresso nella causa *Ynos Kft c. János Varga*⁸⁵, il vaglio di rilevanza ex art. 1419, c. 1, fondato per altro su di una *volontà comune* dei contraenti che qui non c'è⁸⁶. Ipotizzare un secondo interesse, presidiato oltretutto da un'azione *imprescrittibile* (art. 1422 c.c.), col precetto sull'*esclusione testuale* della nullità totale limitato dal criterio *integrativo* di un *diverso disporre* del consumatore, equivarrebbe, in realtà, a riscrivere la norma. E, sia detto per inciso, in un'accezione che, per la vaghezza della locuzione *interesse del consumatore*, adattabile alla *Konkretisierung* giurisprudenziale di qualsiasi risultato, attenta alle stesse regole della circolazione giuridica.

Naturalmente può poi discutersi sulla circostanza che questa specifica causa di consumo, presidiata da un'*eccezione* ed assorbente qualsiasi altra *utilitas*, sempre riproduca esattamente il bisogno *particolare* del singolo consumatore: ma il fatto, pur riconoscendo che l'inderogabilità dell'ordine dei rimedi non significa indisponibilità degli effetti, è che questa disponibilità per il consumatore si gioca sul diverso terreno di una convalidabilità della singola

clausola abusiva: ai sensi dell'art. 1423, e se ricorrono le condizioni subiettive di cui all'art. 1444 c.c., ove la declaratoria di nullità della clausola, a suo giudizio insindacabile se formulato consapevolmente, dovesse pregiudicarlo di più della clausola medesima⁸⁷. E replicare che l'ammissione del consumatore alla facoltà di scelta di un rimedio ma non di un altro confonde in quanto introduce un limite che l'art. 36, c. 1 non esprime, sarebbe in realtà fuorviante. Bisogna infatti porre mente alla circostanza che la convalida condensa una vicenda che è della *clausola* e non del *contratto*, in perfetta aderenza all'assunto, affacciatosi di recente pure in Cassazione⁸⁸, che la nullità di protezione in nessun caso si può riverberare a danno del consumatore informato. E se è ancillare alla sorte di una clausola, la convalida non *doppia* ma *ricalca* la logica di una nullità parziale disponibile sì ma non nel senso che un consumatore la può variamente modulare secondo quanto contingentemente più gli aggrada⁸⁹. D'altronde, mentre la convalida, quale effetto conseguente al diritto di interpello del consumatore⁹⁰, si

⁸⁷ Per la sanabilità della clausola vessatoria sia consentito il rinvio a S. PAGLIANTINI, *Clausole vessatorie e contratti negoziati fuori dei locali commerciali: il nuovo corso della Corte di giustizia*, in *Le invalidità nel diritto privato*, cit. 241 ss., secondo un'impostazione significativamente avallata da A. GENTILI, *La 'nullità di protezione'*, cit. 117; 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, 248-250, mentre V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, cit. 402 preferisce ragionare non di una convalida bensì di una «rinunzia all'azione». Ampiamente M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, 454 ss. Da ultimo L. VALLE, *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, cit. 1393.

⁸⁸ V. Cass., 8 febbraio 2012, n. 1875, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Competenza civile* n. 11, per l'interessante statuizione che il consumatore può adire un giudice, diverso dal foro riservatogli *ex lege*, competente per territorio in virtù di uno dei criteri di cui agli artt. 18, 19 e 20 c.p.c., «senza che, in accoglimento della relativa eccezione sollevata dal professionista ovvero d'ufficio», questo diverso giudice possa dichiararsi incompetente «anche a svantaggio, e cioè in pregiudizio dell'interesse, del consumatore». Di recente un a. – G. PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Persona e mercato*, 2012, 24 ss. ha osservato, in un denso scritto, come la convalida, implicando una «ponderazione di interessi», comporti una «maggiore complessità del discorso» quand'è questione di nullità protettive. Il che è vero: ma chi scrive non è dell'avviso che, quanto al disposto dell'art. 36, c. 3, il consumatore vanti una «piena disponibilità della tutela» (27).

⁸⁹ Come fa notare C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit. 43, anche nel sistema dei PECL, l'alternativa al caducarsi del contratto è, per l'art. 4: 114, «quella che nella disciplina del codice civile italiano si chiama convalida».

⁹⁰ Secondo quello che è il lessico stipulativamente coniato dalla Corte di giustizia a partire dal caso Pannon (4 giugno 2009,

⁸⁴ V. anche M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 51, per il quale ogni clausola vessatoria rappresenta «un minor costo del venditore».

⁸⁵ V. C. giust. UE, 10 gennaio 2006, causa C-302/04, in *Racc.*, 2006, I-371 ss. (e, per un primo commento, P. MENGOZZI, *Le conseguenze della vessatorietà di clausole del contratto al vaglio della Corte di giustizia*, in *Contr. impr./Eur.*, 2006, 588 ss.). Emblematiche, in tal senso, le *Conclusioni* dell'Avvocato Generale A. Tizzano -§§ 76-80- quanto alla contrarietà dell'art. 209/B, in combinato disposto con l'art. 239 del codice civile ungherese, statutuente una vincolatività del contratto *b2c* solo nel caso di non essenzialità subiettiva della clausola. Vale ricordare la circostanza che l'essere i fatti contestati precedenti l'adesione dell'Ungheria all'Unione europea aveva impedito il formarsi di un pronunciamiento.

⁸⁶ V. C. SCOGNAMIGLIO, *Principi generali e disciplina speciale nell'interpretazione dei contratti dei consumatori*, in *Studi in onore di Renato Scognamiglio*, Roma, 1997, I, 525.



iscrive pur sempre nel perimetro dell'esecuzione di un contratto parzialmente viziato, ove viceversa dovesse farsi questione di una nullità totale subiettiva, si dovrebbe riconoscere che la volizione potestativa del consumatore vince sulla regola di indisponibilità dell'ordine dei rimedi, travolgendo persino quel principio di conservazione del contratto asimmetrico altrove, invece, di norma preferito in quanto assunto come meglio rispondente anche ad una allocazione più efficiente delle risorse⁹¹. Ma allora, si potrebbe aggiungere, perché non ammettere, proprio come registratosi nei due casi slovacchi, una volontà plurima del consumatore anche nei casi di nullità parziale espressa accompagnata da un'eterointegrazione cogente ai sensi dell'art. 1419, c. 2 c.c.? Si pensi a quell'art. 125-bis, c. 6, sulla nullità delle singole clausole importanti costi omessi o non inclusi correttamente in un TAEG per conseguenza imperativamente rapportato *ex lege* al tasso nominale minimo dei Bot annuali (art. 125-bis, c. 7 lett. a)⁹², che descrive uno spettro assiologico opposto ad una volontà bifasica del consumatore. E questo nonostante il regime che si legge nell'art. 125-bis, c. 9 t. un. bancario per il caso di una nullità, formale o per incompletezza, del contratto -un'obbligazione restitutoria non immediata ma rateizzata, soggetta alla stessa periodicità disposta dal contratto (o, in difetto, in trentasei rate mensili), per un ammontare che soprattutto non contempli *nulla più* delle «somme utilizzate»⁹³- si mostri sicuramente di maggior favore, per il consumatore, dell'accertamento di una nullità parziale seppur al netto di quanto all'inizio dovuto a titolo di «tassi di interesse, commissioni o altre spese».

causa C-243/08), e proseguito nella sentenza *Martin Martin c. EDP Editores SL*, causa C-227/08, § 35.

⁹¹ V., *amplius*, A. LUMINOSO, *Il contratto nell'Unione europea: inadempimento, risarcimento del danno e rimedi sinallagmatici*, in *Contratti*, 2002, 1056 e, nell'ottica di un vero *favor contractus*, E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, cit. 172.

⁹² V. G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t. u. bancario*, in *Contratti* 2010, 1051.

⁹³ Il che significa, con una stringente interpretazione letterale della disposizione, che il professionista non potrà esigere dal consumatore il pagamento di *interessi* sulle somme riscosse in esecuzione del suddetto contratto nullo.

5. La nullità di protezione come rimedio di regolamento ed il doppio equivoco di una nullità totale quale rischio prevedibile (per il professionista) o come effetto del canone della cd. situazione complessiva rilevante a mo' di presupposto.

Dopo di che però, se il disposto dell'art. 6 fonda il perimetro operativo della nullità -soltanto⁹⁴- su criteri rigorosamente oggettivi, l'impressione di una nullità protettiva conformabile *ope iudicis* come un'interpretazione (non rafforzativa dell'art. 36 ma) *praeter* (se non) *contra legem* si rafforza. Ad ammetterla, infatti, si dovrebbe conseguentemente riconoscere che il giudice, di fronte ad una clausola intrasparente o presuntivamente abusiva, dapprima è facultato ex art. 35, c. 2 c. cons. ad orientarsi per la vessatorietà della stessa in quanto rimedio più utile al consumatore e poi, in virtù della concreta situazione in cui è calato *quello specifico* contratto, è pure ammesso a pronunciare una nullità integrale motivando sulla scorta di un *presunto* od *effettivo* interesse del consumatore alla non vincolatività della fattispecie negoziale perchè non *più conveniente*. Col risultato, come poc'anzi si è cercato di evidenziare, che verrebbe così a profilarsi la preminenza di un sopravvenuto interesse *abdicatorio* del consumatore: nell'ottica di una *deroga* al disposto dell'art. 1419, c. 1 non più rispondente ad una funzione conservativa -punitiva ma in quanto essa vale ad attuare -pro consumatore- una volontà disgiuntivamente negatoria dell'impegnatività dell'atto. Il che, financo nella prospettiva abbozzata da chi ipotizza un generale *kompetitives Vertragsrechts* retto da un recesso al prezzo più conveniente⁹⁵, non può essere. Ed anche qui, come si è visto prima per le altre tesi discusse, per più di un motivo.

Intanto il primo, quello più intuitivo, se è vero che una nullità di protezione totale unilateralmente rimessa all'apprezzamento del consumatore si sostanzia, in realtà, in un *innominato* diritto potestativo di recesso ad esercizio giudiziale, *fuori* dei casi od *oltre* i termini previsti dalla legge. Una specie di *Reurecht* per spogliarsi disinvoltamente di un contratto divenuto fastidioso o, comunque, *indesiderato*. È esatto che tra nullità e recesso di pentimento c'è una profonda affinità giacché il recedere importa lo «stesso risultato economico che si conseguirebbe

⁹⁴ Mentre sembra diversa la lettura di E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit. 85 (se è vero che si rigetta un giudizio di essenzialità «in termini *esclusivamente* o *prevalentemente* soggettivi» (c. vo. aggiunto).

⁹⁵ È la nota tesi di H.W. MICKLITZ, *Perspektiven eines Europäischen Privatrechts*, in *Zeup*, 1998, 265.





con la nullità»⁹⁶. Ma, di là dalla circostanza che non sempre è così⁹⁷, il parallelismo vale per un recesso che sia esercitato nelle forme e soprattutto nel rispetto della tempistica di legge, non quando un interesse risolutivo mascherato si insinui nel rapporto trasformando un rimedio conformativo in uno di equità contro un contratto ingiusto in quanto non più appropriato⁹⁸.

Poi, ed ecco il secondo motivo, c'è il fatto che questo canone di maggior convenienza, pure a sagomarlo sulla dottrina del massimo effetto utile tra più significati caducatori tutti possibili⁹⁹, travalica i limiti di ragionevolezza della tutela, vulnerando l'affidamento del professionista in vista di una sedicente *facoltà alternativa* di esecuzione che si mostra, per la verità, assai meno meritevole del controinteresse all'*attuazione* del contratto (emendato). Opporre, essendo la nullità di protezione un rimedio contro i fallimenti del mercato¹⁰⁰, che la sopravvenienza di un diverso interesse del consumatore è per il professionista *prevedibile* ed anzi rientra nell'ana-

litica dei costi dell'operazione calcolati dall'impresa all'atto della stipula, se è confacente all'idea di un rischio della contrattazione *interamente* a carico del professionista *scorretto* in quanto *superior risk-bearer*, non pare in realtà risolutivo.

Per intanto, infatti, non è per nulla vero che, nei rapporti di consumo, l'affidamento del professionista sia un valore recessivo, posposto all'inverarsi di equilibri oltrepassanti «quanto la stessa buona fede consentirebbe»¹⁰¹. Chi così ragiona muove dall'idea -in realtà mal intesa- che il costo dell'autonomia che il singolo consumatore, non potendo discutere o controproporre alcunché (art. 1322, c. 2), si trova a patire, non può non essere compensato da un'imputazione al professionista di *tutte* le disutilità consequenziali al *fatto oggettivo* di aver debordato, per effetto dell'abuso, dallo standard di derogabilità del diritto dispositivo prescritto come misura di protezione. Se non fosse che, con l'incentivare una condotta processuale di «*exit*» del consumatore dal contratto¹⁰², si materializza piuttosto un sistema, evidentemente *judge made law*, di ipertutela ove -allora- persino il mutamento delle condizioni patrimoniali del consumatore potrebbe valere a fondare una sorta di *Geschäftsgrundlage* innescente una fattispecie -*virtuale*- di risolvibilità del contratto. Che tuttavia, se la si dovesse ammettere, davvero verrebbe a sugellare, per dirlo *à la Medicus* maniera¹⁰³, un *Abschied von der Privatautonomie* nell'area del contratto asimmetrico visto che allora il consumatore potrebbe negoziare trascurando le normali regole di diligenza ed avvedutezza¹⁰⁴. E poi, pur riconoscendo che la disciplina protettiva non può trovare applicazione «anche a svantaggio, e cioè in pregiudizio dell'interesse [protetto]»¹⁰⁵, resta il fatto che neanche questa lettura riesce ad avvalorare l'idea di una nullità parziale necessaria quale tecnica eventuale, causativa altrimenti di un'interferenza, «nell'autonomia delle preferenze»¹⁰⁶, generante inefficienza.

⁹⁶ Così C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I e II*, Milano, 2001, XXVI. Ed anche le acute riflessioni di A.M. BENEDETTI, *Recesso del consumatore*, in *Enc. dir., Annali IV*, Milano, 2011, 956 ss.

⁹⁷ Lo si evince, per es., dalla lettura comparativa degli artt. 125-bis e ter, se è vero che, mentre il primo, per il caso di una nullità totale del contratto, contempla -già lo si è visto- un'obbligazione restitutoria limitata alle sole somme percepite, tutt'al contrario la seconda disposizione, per l'ipotesi in cui il consumatore decida di recedere dopo che il contratto ha cominciato ad avere esecuzione, prevede che si debba restituire il capitale maggiorato degli interessi maturati fino al momento della restituzione, «calcolati secondo quanto stabilito dal contratto» (c. 2, lett. b). Il che genera l'effetto perverso, ove il recesso venga esercitato dopo il termine ordinario di quattordici giorni a motivo dell'inadempimento informativo nel quale sia occorso il professionista ex art. 125-ter, c. 1, di accollare al consumatore il costo di una violazione contrattuale imputabile alla controparte. E se, col medio di una riduzione teleologica dell'art. 125-ter, c. 2 lett. b) orientata da una *ratio* di tipo sanzionatorio, può immaginarsi che al professionista - creditore sia impedito domandare il pagamento degli interessi -sul credito restituendo- al tasso convenuto (v. anche F. PADOVINI, *I contratti di credito ai consumatori. Il recesso e l'estinzione del rapporto*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, 697 ss.), diventa più difficile pensare ad un'inesigibilità includente pure gli interessi al tasso legale. Con tutto quello che ne consegue, in termini di disincentivo al recesso, sull'«attitudine [di questa peculiare forma di] *ius poenitendi* ad assicurare ai consumatori una forma ... di tutela incisiva...» (così G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t. u. bancario*, cit. 1055).

⁹⁸ E così infatti intende la nullità di protezione M. CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée des nullités contractuelles*, Paris, 2002, 237 ss. e 255 ss.

⁹⁹ Oscillanti, va da sé, tra gli estremi di una nullità parziale e totale.

¹⁰⁰ Nullità di protezione mercantile è la sagace locuzione che utilizza L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, cit. 116.

¹⁰¹ Così M. COSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto seconitto comunitario*, in *Diritto privato comunitario*, a cura di Perlingieri e Ruggeri, Napoli, 2008, I, 570.

¹⁰² Come vorrebbe H.W. MICKLITZ, *La mano visibile del diritto privato europeo in materia normativa. La trasformazione del diritto privato europeo dall'autonomia al funzionalismo nella concorrenza e nella regolamentazione*, cit. 32.

¹⁰³ Nelle celebri e assai discusse pagine di quel libretto *Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht? Erscheinungsformen, Gefahren, Abhilfen*, Köln, 1994, recensito in Italia da A. BARENGHI, *Il dibattito tedesco sulla fideiussione bancaria: a proposito di un recente saggio*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 101 ss.

¹⁰⁴ Di un consumatore «liberato dalla responsabilità ... di agire in modo ragionevole» ragiona V. TRSTENJAK, *Conclusioni* nella causa 453/10, cit. § 64. E, in modo più ficcante, v. prima M. POIARES MADURO, *Conclusioni* nella causa C-412/06.

¹⁰⁵ Così Cass. 8 febbraio 2012, n. 1875, cit.

¹⁰⁶ L'espressione è di L. MENGONI, *Sull'efficienza come principio giuridico*, cit. 272 (nt. 29). E v. anche A.M. BENEDETTI,

Ragionare diversamente, va da sé, si può, ma presuppone il conio, in seno all'art. 36, c. 1 di un *favor consumatoris* supplementare includente il diritto al *ripristino* della situazione preesistente alla stipula del contratto. Il che, pure ad invocare il canone ermeneutico della *situazione complessiva* contestualizzante il contratto ma allo stesso tempo incidente sulla «sorte e [la] legittimazione [di questo] agli effetti»¹⁰⁷, è inaccettabile: per la semplice ragione che sarebbe a sua volta *contraria a buona fede* la pretesa del consumatore di caducare un contratto pur ove questo, accertata la vessatorietà di una clausola, non risultasse causalmente diverso -per una compromissione dello scambio- o irrimediabilmente incompleto¹⁰⁸. E, va detto, anche il ribattere che, allorché il contratto predisposto non sia ad esecuzione istantanea bensì di durata, può ben essere che, in ragione del fattore tempo, si inneschino tutta una serie di sopravvenienze di vita del consumatore – persona provviste di un tasso di meritevolezza, non solo sùbitivamente, potiore rispetto all'originario interesse alla prestazione, non sortirebbe un grande effetto.

In dottrina¹⁰⁹, ma l'indicazione è puramente esemplificativa, si è fatto il caso del consumatore incolpevolmente licenziato ovvero colpito da una grave malattia: fattispecie nelle quali, potrebbe sostenersi, essendo mutati i presupposti della stipula, le ragioni di una perdurante efficienza del sinallagma contrattuale o di un legittimo affidamento del professionista alla stabilità dell'operazione economica devono cedere alle ragioni di vita personale di un consumatore che eccipe motivazioni non patrimoniali intercettanti una causa costituzionalizzata di solidarietà familiare¹¹⁰. Emblematico il caso della sopravvenienza di figli, della malattia di un congiunto ovvero del «debito di mantenimento dopo il divorzio di una famiglia che vive separata dal debitore consumatore»¹¹¹. Delle vicende che, nella prospettiva di una responsabilità esclusa quando la pretesa creditoria all'adempimento sarebbe contraria a correttezza, hanno a taluno poi suggerito di ipotizzare delle forme atipiche di «sospensione totale o

parziale del pagamento»¹¹², uscendo dal «paradigma della stretta sinallagmaticità commerciale».

Senonché, financo nell'ottica di un contingente *punto di vista esterno* al regolamento epperò predicato di un «valore costitutivo» della *lex contractus* in quanto introietta nella fattispecie la concreta condizione dei contraenti¹¹³, altro è immaginare un'inesigibilità della prestazione *ex fide bona*¹¹⁴, altro, sovrapponendo di nuovo l'ordine legale dei rimedi, ipotizzare un sindacato giudiziale statuente l'integrale nullità del contratto per via di un diritto del consumatore all'equità (art. 2, c. 2 lett. e) o all'adozione di misure idonee a correggere od eliminare gli effetti dannosi del contratto (art. 140, c. 1, lett. b e c. 9)¹¹⁵. È esatto che, in quanto rimedio di regolamento e non più di fattispecie, la nullità innesca una finalizzazione *conformativa* della regola contrattuale: ma questa funzione si scansiona secondo una forma di rilevanza qualificativa predisposta *ex lege* e non *ope iudicis*. Ed anche il richiamarsi alla *Martin Martin c. EDP Editores SL*¹¹⁶, ove è esplicito il riconoscimento di un ruolo insostituibile del consumatore riguardo alla *sorte* del contratto, servirebbe a poco. Significativamente infatti, lo fa notare la migliore dottrina tedesca¹¹⁷, può capitare che la *Aufrechterhaltung* del contratto rettificato *ex lege* offra un'occasione -gradita- al consumatore per sciogliersi da un vincolo divenuto *lästig*: epperò nell'attuazione di un contratto modificato non è ravvisabile, come giustamente si chiosa, un sacrificio insopportabile ai sensi ed agli effetti di cui al § 306, Abs. 3 BGB.

Per altro verso, infine, neanche potrebbe avere un qualche senso il richiamo allo *ius poenitendi* contenuto nella recente disciplina sul credito ai con-

Recesso del consumatore, cit. 976 – 978. Mentre, come si è visto, la nullità parziale necessaria risulta introdotta al precipuo scopo di evitare che il professionista, più o meno maliziosamente, possa eccipere *a posteriori* l'essenzialità della clausola abusiva. V., con l'abituale finezza, A. GENTILI, *La 'nullità di protezione'*, cit. 91.

¹⁰⁷ Canone coniato -stipulativamente- da V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, cit. 395.

¹⁰⁸ V. A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, cit. 434.

¹⁰⁹ V., diffusamente, A. NICOLUSSI, *I consumatori*, cit. 424 ss.

¹¹⁰ Per un'ampia ed articolata illustrazione di questo assunto v., in luogo di tanti, P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 893.

¹¹¹ Così A. NICOLUSSI, *I consumatori*, cit. 438.

¹¹² Cfr. A. NICOLUSSI, *I consumatori*, cit. 439. L'interferenza con un interesse oggettivamente preminente del consumatore debitore, nella prospettiva prossima a quella di una *balancing test*, si legge anche F. CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2008, 301 – 304 ed è retrostante al fine ragionamento di R. TOMMASINI, *Il soggetto e la persona nel contratto*, in AA. VV., *Persona e soggetto*, Napoli, 2010, 79 e 84. Ma v., in una prospettiva che meglio contestualizza la dialettica dei valori in gioco, P. SCHLESINGER, *La persona, rilevanza della nozione ed opportunità di rivederne le principali caratteristiche*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 393.

¹¹³ Ottica privilegiata da V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, ora in *Il contratto in trasformazione*, cit. 226 e 386.

¹¹⁴ V., per tutti, L. MENGONI, *Responsabilità contrattuale (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 1089 s.

¹¹⁵ Secondo il periodare di C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, 177 ss. Perché, come si diceva poc'anzi, pure il contratto asimmetrico genera un obbligo non una facoltatività di adempimento «se il calcolo costi-benefici ... indica questa convenienza» (così L. MENGONI, *Sull'efficienza come principio giuridico*, cit. 265 s.).

¹¹⁶ C. giust. UE, 17 dicembre 2009, causa C-227/08.

¹¹⁷ V. J. BASEDOW, *sub* § 306 BGB, cit. Rn. 33.





sumatori. L'art. 125-ter t. un. bancario contempla -è vero¹¹⁸- per il contratto di credito, sia a tempo determinato che indeterminato, un recesso di pentimento soggetto ad un termine di decadenza -14 giorni- che, per il fatto di restare sospeso sino al momento in cui o il contratto non sia stato integrato delle informazioni obbligatorie ex art. 125-bis o il consumatore non ne abbia ricevuto copia, può «protrarsi indefinitamente»¹¹⁹. E tuttavia, non vè chi non lo veda, tutto si spiega col fatto che, nelle due fattispecie descritte dall'art. 125-ter, viene in questione un *inadempimento* del professionista, non un *abuso* nella predisposizione del regolamento contrattuale: per conseguenza, il fatto che l'art. 36, c. 1 dia veste ad una limitazione dell'*Entfaltungsfreiheit* del consumatore altrove invece assente finisce, nella sostanza, per essere una *Doppelwirkung* legata proprio all'esplicarsi di una misura favorevole diversamente concepita *ex iure*¹²⁰.

6. Seconda fattispecie: nullità parziale necessaria e concorso di criteri integrativi nella definizione del regolamento contrattuale di protezione.

Insomma, è esatto che, nella trama dell'art. 36, c. 1 difettano i presupposti di rilevanza in senso disgiuntivo di una volontà soggettivamente ablativa del contratto: ma la preclusione involge *ambidue* le parti¹²¹. Gli è infatti che l'art. 36, c. 1 considera pur sempre uno specifico di rischio, declinato -questo il punto- secondo una regola di parzialità la quale, se rispetto al professionista è emendativa di un'essenzialità ponderata (e non presunta) della singola

clausola, *ex latere consumatoris* mette in mostra un flettersi cogente che si sovrappone -azzerandola- alla mutata rappresentazione subiettiva dell'originaria utilità contrattuale fattasi dal consumatore. Che dovrà comunque osservare un canone di lealtà nelle relazioni commerciali¹²².

Col che, però, non si esaurisce il problema. La forma della nullità parziale necessaria lega infatti l'interesse primario del consumatore ad una *utilitas* infungibile di conservazione del contratto quale *regolamento di protezione*¹²³, senza tuttavia indicare quale: quello che si ottiene, nella cornice di un art. 1374 c.c. inteso alla luce del principio di conservazione, per effetto di un'integrazione dispositiva della parte accessoria caduta ovvero, visto che la clausola vessatoria alla lettera è totalmente inefficace, deve preferirsi un contratto che va indenne da qualsiasi forma di ortopedia contrattuale? La sostituzione d'altronde, che si renda o si reputi necessaria, potrebbe anche essere di tipo giudiziale se, in luogo delle norme dispositive, dovesse ammettersi un'interpolazione della lacuna contrattuale sopravvenuta rimessa al potere determinativo del giudice: nel segno per un verso di quel che tuttora statuisce l'art. 3, c. 3 della legge n. 129/04 (visto che, ove il termine triennale di durata minima del contratto di *franchising* sia *insufficiente* a consentire l'ammortamento dell'investimento compiuto dall'affiliato, la determinazione del *diverso* termine utile allo scopo è rimessa ad un'integrazione equitativa ex art. 1374 c.c.)¹²⁴ e per l'altro, in un modo che oltretutto è ancor più pregnante, di quanto disposto da quell'(abrogato) art. 3, § 3 della direttiva 2000/35/CE, nel pensiero di tanti interpreti eletto a presupposto normativo meglio appropriato a fondare una sostituzione correttiva *attuata* o *esclusa* previa una «necessaria valutazione» -di *soggettiva giustizia* dello scambio- decisa dal giudice¹²⁵.

¹¹⁸ V. F. PADOVINI, *I contratti di credito ai consumatori. Il recesso e l'estinzione del rapporto*, cit. 700 ss.

¹¹⁹ Così G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t. u. bancario*, cit. 1053.

¹²⁰ Sul fatto che il diritto di recesso non si può trasformare in un «*véritable droit de l'inconstance*», v. P. BRUN, *Le droit de revenir sur son engagement*, in *Droit et patrimoine*, 1998, 78 ss. E, va detto, pure a seguire quell'autorevole interpretazione che colloca la novità consumeristica nell'alveo dell'art. 1374 c.c., immaginando perciò un'equità che «allarga i poteri del giudice non solo in funzione integrativa (delle lacune) del contratto» (così L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, ora in *Id.*, *Scritti I – Metodo e teoria giuridica*, a cura di C. Castronovo – A. Albanese – A. Nicolussi, Milano, 2011, 352), il discorso non cambierebbe.

¹²¹ Per il rilievo che la nullità di protezione si muova inderogabilmente nell'ottica «della conservazione del rapporto» v. A. LUMINOSO, *Il contratto nell'Unione europea: inadempimento, risarcimento del danno e rimedi sinallagmatici*, cit. 1056. E sulla parzialità dell'art. 36 come *principio necessario primario* v. V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, cit. 390.

¹²² V., puntualmente, M. POIARES MADURO, *Conclusioni nella causa C-412/06*.

¹²³ La felice formula è di V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit. 210. Ma v. pure G. D'AMICO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti con i consumatori*, cit. 328; ANG. FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, cit. 349 e, all'insegna di un'applicazione diretta del diritto dispositivo, F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. impr.*, 2006, 692, 704 e 708.

¹²⁴ V. G. DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, in *Contratti*, 2004, 763.

¹²⁵ V. M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit. 104, mentre il sintagma *soggettiva giustizia* è di A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, cit. 82 (nt. 13). Per (l'opportuna) notazione che questo potere integrativo *ope iudicis* mostra una spiccata problematicità anche in ragione dei criteri valutativi «estremamente vaghi» sui quali si dovrebbe coonestare v. G. D'AMICO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti con i consumatori*, cit. 365, nt. 84.

Si profila così un «conflitto tra criteri diversi di conformazione del contratto parzialmente invalido»¹²⁶: un conflitto che, a prenderlo per buono, il canone del massimo effetto utile per il consumatore contribuisce -è evidente- ad acuire.

Scorrendo il § 306 del BGB, rubricato significativamente 'Effetti della non inclusione e della inefficacia'¹²⁷, il contenuto del contratto, quanto alle clausole non incluse o divenute inefficaci, si determina in applicazione delle disposizioni di legge (*nach den gesetzlichen Vorschriften*), quindi secondo la corrispondente disciplina del singolo tipo legale (o per analogia) e, sebbene la *littera legis* taccia, subordinatamente per il tramite di quell'*Ergänzende Vertragsauslegung*, formulata ai sensi dei §§ 157 e 242 BGB e declinata in ragione dello *scopo* che il contratto si prefiggeva di realizzare. Epperò, si precisa nel comma 3, quello stesso contratto sarà *unwirksam* -e non, si badi, ricorretto giudizialmente- allorché, anche in considerazione delle modifiche conseguenti all'integrazione, la sua eseguibilità dovesse sortire il risultato di importare -per una delle parti- un sacrificio insopportabile (*unzumutbare Härte*). Quindi un'inefficacia totale a causa di un sacrificio imprevedibile *ex uno latere*¹²⁸: che illustra una fattispecie di iniquità del sinallagma -in termini di *extreme Missverhältnis*- molto diversa da un caducarsi del contratto per essenzialità oggettiva della clausola espunta. Figura, questa, che nello sfondo per altro rimane in quanto «il problema che il contratto», per l'efficienza propagativa della clausola caduta, «possa venir meno» per una assenza di causa *et similia*, *di per sé* «sussiste»¹²⁹.

¹²⁶ Così A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit. 271.

¹²⁷ Sulle *Rechtsfolgen bei Nichtebeziehung und Unwirksamkeit* e sul significato dell'originario § 6 *AGB-Gesetz* quale disposizione derogante al § 139 BGB, v. per tutti, fin da subito, J. BASEDOW, *sub* § 306 BGB, cit. Rn. 1-6 e 7-9; JAUERNIG, *sub* § 306, in *Bürgerliches Stadler Gesetzbuch*, 14 ed., München, 2011, Rn. 6; l'ampio studio monografico di P. HELLWEGE, *Allgemeine Geschäftsbedingungen einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die Allgemeine Rechtsgeschäftslehre*, Tübingen, 2010, 593 - 596 e, quanto invece all'*ergänzende Auslegung* per *Schließung von Lücken* a causa della *Nichteinbeziehung* o *Unwirksamkeit* delle AGB, v. BUSCHE, *sub* § 157, in *Münchener Kommentar zum BGB*, cit., Rn. 32 e, per una recente applicazione specifica, K. UFFMANN, *Richtungswechsel des BGH bei der ergänzenden Vertragsauslegung. Dargestellt am Beispiel der Preisanpassungsklauseln in Energielieferverträgen*, in *NjW*, 2011, 1313 ss.

¹²⁸ V., oltre agli aa. citati nella nota precedente, SCHULTE-NÖLKE, *sub* § 306, in SCHULZE U.A., *Bürgerliches Gesetzbuch*, 7 ed., Baden Baden, 2012, Rn. 8. ed C. ALEXANDER, *Vertragsrecht und Lauterkeitsrecht unter dem Einfluss der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, cit. 518.

¹²⁹ Così C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit. 39.

Meno nitidamente, ma forse in modo ancor più esplicito, il codice del consumo spagnolo -art. 83¹³⁰- prospetta invece, per la parte del contratto colpita da nullità, un'integrazione di legge e secondo buona fede, riservando al giudice dei «poteri di moderazione» quando ai diritti ed agli obblighi delle parti. E, si aggiunge, soltanto nel caso di «una situazione iniqua», non altrimenti emendabile, il giudice può disporre l'inefficacia dell'intero contratto.

Orbene, a fronte di un modello francese scarno sì ma pur sempre dominato dal principio di un contratto *rééquilibré e maintenu* col medio delle norme dispositive essendo indifferente che la lacuna risulti coeva o per *éradication* (art. L. 132-1, c. 8 c. *consomm.*)¹³¹, la normativa italiana notoriamente tace. Epperò sarebbe fuorviante pensare che il problema non sia «serio»¹³²: il caso, non a caso già per ben due volte sottoposto alla Corte di giustizia, del contratto di credito *b2c* contemplante una clausola di interessi moratori esorbitanti, è al riguardo emblematico. Gli art. 117, c. 6 e 125-*bis*, c. 6 t. un. bancario governano infatti le sole fattispecie delle clausole contrattuali contemplanti tassi più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati ovvero relative a costi omessi o non conteggiati correttamente nel TAEG pubblicizzato ai sensi dell'art. 124, mentre qui viene in gioco quella presunzione relativa di vessatorietà che, ai sensi dell'art. 33, c. 2 lett. f, assiste ogni pattuizione che imponga al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro di importo manifestamente eccessivo¹³³.

¹³⁰ Per una prima illustrazione del quale torna utile la consultazione P. TRILLMICH, *Klauselkontrolle nach spanischem Recht im Vergleich mit Klauselrichtlinie* 3/13 EWG, Tübingen, 2009, passim (al quale si rinvia anche per l'ampia bibliografia).

¹³¹ V. J. GHESTIN - I. MARCHESSAUX-VAN MELLE, *L'évolution du droit des clauses abusives en France*, cit. 1367 (ove il rinvio alle *dispositions supplétives convenables*); P. STOFFEL MUNCK, *L'abus dans le contrat*, Paris, 2000, 361 e S. PIEDELÈVRE, *Droit de la consommation*, Paris, 2008, 364. Sembra di capire, insomma, che pure la dottrina francese -emblematico il richiamo all'*équilibre supplétif* stabilito dal legislatore- è ferma nel ribadire il convincimento -classico- di un atteggiarsi del diritto dispositivo, se si eccettua il sottoinsieme di prescrizioni rispondenti ad una *ratio* di gestione più efficiente del rapporto contrattuale, come un complesso di norme incorporanti forme graduate di giustizia distributiva. Di talché, proprio per via del loro test più elevato di resistenza, queste se da un lato cedono «soltanto rispetto ad un diverso criterio di giustizia che il caso concreto prospetta» (così A. DI MAJO, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, cit. 76), dall'altro si vengono a riequilibrare ove la clausola si mostri *ex post* come non scritta.

¹³² V. A. D'ADDA, *op. loc. ult. cit.* Di recente U. SALANITRO, *Squilibrio contrattuale e tecniche rimediali tra diritto privato e diritto del lavoro*, in *Contratti*, 2012, 414.

¹³³ V., in luogo di tanti, E. NAVARRETTA, *sub* art. 1469-*bis*, comma 3, n. 6, in *Commentario al Capo XIV Bis del Codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. Bianca e F.D. Busnelli, Padova, 1997, 891.



Insomma, già sulla scorta di queste poche battute, subito si percepisce la complessità del problema. Sicché, anche al fine di evitare l'accavvallarsi di questioni contigue epperò diverse, conviene procedere con ordine.

7. L'art. 1469-bis tra nullità e correzione.

Intanto risponde ad un facile schematismo sostenere che un adeguamento giudiziale del contratto, nell'accezione di una riduzione conservativa della clausola vessatoria, sortisce *sempre* l'effetto di comportare una «notevole riduzione dei rischi» assunti dal professionista a seguito dell'utilizzo «di clausole abusive nei rapporti commerciali»¹³⁴. E sintomatica è proprio la fattispecie della clausola penale nel caso ricorrano i presupposti applicativi sia dell'art. 33, c. 2 lett. f che dell'art. 1384 c.c. Secondo una giurisprudenza consolidata¹³⁵, la nullità ex art. 36, c. 1 scaccia una sussidiaria riduzione *ope iudicis*, disposta financo d'ufficio, per via dell'assunto dottrinale che riducibile è soltanto una clausola valida ed efficace¹³⁶: ma, ove non sia stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore (art. 1382, c. 1 c.c.), è tutto da verificare che una correzione giudiziale in luogo di una nullità non integri quel risultato *concretamente* più favorevole al consumatore di cui si legge nell'art. 1469 bis¹³⁷. La riducibilità giudiziale, è bene ricordarlo, importa infatti un effetto limitativo del *quantum* dovuto che, all'occorrenza, può rivelarsi *premiante* rispetto ad un *integrale* risarcimento del danno, patito dal professionista per effetto dell'inadempimento, liquidato secondo le regole di diritto comune¹³⁸.

Diverso è il discorso nel caso di interessi moratori eccessivi, per i quali in effetti non si pone, rispetto al consumatore, un problema di rapporto concorrenziale tra la disciplina di una riducibilità officiosa ed una nullità parziale *cum integratione* ex art. 1224 c.c.

È vero che la pattuizione di interessi moratori esemplifica una forma -seppur peculiare- di penale convenzionale: e, nella misura in cui un loro tasso pattizio funge da surrogato riparatorio ad un danno che è superiore al normale saggio legale, si può convenire sul fatto che un adeguamento officioso ex art. 1384 si mostri più consono a «ragguagliare l'estensione del risarcimento al caso concreto»¹³⁹. Epperò il problema è che il *quantum* equitativamente ridotto, sebbene non sia più eccessivo per il consumatore, sempre continuerà ad essere superiore a degli interessi da versarsi al tasso legale. Sicché, vista la maggior convenienza di una sostituzione dispositiva legata ad una misura standard, non c'è una ragione -plausibile- perché si dovrebbe preferire, ai sensi dell'art. 1469-bis, un'integrazione giudiziale costitutivamente produttiva di un risultato di *minor favore* per il consumatore.

Risultato: quell'enunciato iniziale sulla valenza massimamente protettiva di una nullità che rimodella il contratto secondo lo schema di regolamento «ambito»¹⁴⁰, va riscritto. Nel senso che, siccome il raffronto tra due rimedi in concorso deve farsi *in concreto*¹⁴¹, si ha per conseguenza che il criterio del *favor consumatoris* diventa una variabile elastica dipendente dallo spoglio comparativo degli effetti riflessi originati dall'utilizzo dell'uno (o dell'altro) strumento correttivo.

Per altro, pure a riconoscere che la nullità di protezione sia il rimedio pervaso dalla maggiore virtù

¹³⁴ Così V. TRSTENJAK, *Conclusioni*, cit. § 88.

¹³⁵ Inaugurata da Pret. Bologna, 20 gennaio 1998, in *Danno e resp.*, 1998, 270 ss. e proseguita, limitando la citazione ai *dicta* più significativi, con Trib. Milano, 29 marzo 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 2826 ss.; Trib. Genova, 27 aprile 2004, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, I, 305 ss.; App. Milano, 23 luglio 2004, in *Contratti*, 2005, 1113 ss.. Da ultimo Trib. Benevento, 25 marzo 2008, in *Giur. mer.*, 2008, 1939 ss.

¹³⁶ Così G. LENER - R. BOCCHINI, *Gli elenchi di clausole vessatorie*, in AA. VV., *I contratti del consumatore*, a cura di E. Gabrielli - E. Minervini, in *Tratt. contratti*, dir. da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2005, 234 e M. ATELLI, *Chi troppo vuole ottiene (appena) il dovuto più faticosamente: per un'ipotesi di coordinamento degli artt. 1384 e 1469-bis, co. 3 n.6 c.c.*, in *Danno e resp.*, 1998, 208.

¹³⁷ Sul fatto che, nel concorso di più disposizioni, quella maggiormente favorevole al consumatore debba vagliarsi in concreto e non in astratto v. A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, 159 ss.

¹³⁸ Lo ha segnalato, per primo, A. MANIÀCI, *Clausola penale eccessiva: "inefficacia" o riducibilità?*, in *Contratti*, 2005, 1113 ss. E pure A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, cit. si mostra dello stesso avviso. E si potrebbe continuare. Se, ad es., è la mancanza di bilateralità a spiegare la

vessatorietà delle clausole di cui alle ll. E - g dell'art. 33, c. 2 c. cons., compiutosi l'accertamento, è da credere che l'interprete si dovrà orientare, in luogo di una nullità, per una loro integrazione correttiva che estenda il recesso ovvero il diritto del consumatore di esigere il doppio della somma versata (ove, beninteso, sia il professionista a non stipulare od a recedere dal contratto). Rispetto, per es., alla fattispecie di cui alla lettera e), la correzione -come si è fatto notare, v., per tutti, 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, 422 e le critiche opposte da G. LENER-R. BOCCHINI, *Gli elenchi di clausole vessatorie*, in *I contratti dei consumatori*, cit. 228 non sono risolutive- si mostra più vantaggiosa in quanto, ove si avesse una semplice declaratoria di nullità, quel che il consumatore verrebbe a maturare sarebbe il solo diritto alla restituzione della somma versata (e non il suo doppio).

¹³⁹ Così G. PASSAGNOLI, *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale ed interpretazione autentica*, in *Squilibrio ed usura nei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 2002, 81.

¹⁴⁰ L'aggettivo è di V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit. 215.

¹⁴¹ V. A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, cit. 172 (nt. 106).



tutoria, residua un dubbio tutt'altro che di complemento: l'art. 36, c. 1 codifica un'ipotesi di nullità parziale del contratto o visto, come si è potuto prendere nota, che la fattispecie è delineabile¹⁴², può ritenersi implicita nel suo ordito anche la figura gemella di una *nullità parziale della clausola*? Paradigmatica è la vicenda della clausola standard che, nei contratti aventi ad oggetto il servizio di cassette di sicurezza, limita la responsabilità risarcitoria della banca ad un tetto massimo: clausola già nulla ai sensi dell'art. 1229 c.c. (ove escluda una responsabilità anche per dolo o colpa grave) e vessatoria ai sensi degli artt. 33, c. 2, lett. b e 36 c. cons. (nel caso di un esonero per colpa lieve)¹⁴³. Eppure la forma di una nullità ridotta ad una frazione o parte di una clausola, col risultato di essere questa valida quanto *al resto*, nel caso in questione per altro *di massima* da scartarsi giacché implicherebbe per il consumatore una *regola* di minor favore rispetto al diritto dispositivo¹⁴⁴, non è da archiviare come un'eccezione. Da un lato infatti la nullità parziale -per intrasparenza- della cd. clausola principale rappresenta

una tecnica collaudata nel caso di compensi aggiuntivi od *extra* rispetto al corrispettivo totale¹⁴⁵: il che poi gemina, per il consumatore medio, il vantaggioso risultato di ritenere come non scritta quella porzione di prezzo percepita come un *surplus* inatteso. Dall'altro c'è l'argomento che fa leva sul principio di conservazione: e se, sia pure discutibilmente, dovesse ritenersi che, in materia di contratti del consumatore, il canone dell'interpretazione più favorevole (art. 35, c. 2) rimane comunque posposto alla regola dell'art. 1367 c.c., si avrebbe più di un margine per delineare una nullità frazionata della clausola prevalente sul diritto dispositivo. Sebbene il 21 *considerando* discorra *tout court* di clausola non vincolante (e non *parzialmente* vincolante), alla lettera, l'ar. 6 della direttiva 93/13 non espelle infatti, dal novero delle conseguenze, una riduzione conservativa (*geltungserhaltende Reduktion*) della clausola limitatamente, s'intende, a quello che si palesa essere il contenuto ammissibile residuo.

8. Integrazione dispositiva v. una pura inopponibilità? Analisi di un equivoco.

Quanto invece al fatto che un adeguamento del contratto per il tramite di un'interpolazione dispositiva, secondo la tecnica preferita dalle Corti¹⁴⁶, possa «compromettere durevolmente l'effetto deterrente prodotto [dal giudizio di vessatorietà]»¹⁴⁷, sicché nell'ottica del trattamento più conveniente per il consumatore sempre sia da preferire la *nuda* espunzione della clausola vessatoria, bisogna distinguere.

Se si eccettua l'ipotesi -per il vero marginale- in cui l'integrazione non corre in quanto la caducazione della clausola abusiva non ha importato una lacuna in senso stretto¹⁴⁸, nella maggior parte dei casi il conflitto tra sostituzione e non apposizione, quali tecniche di correzione del contratto tendenzialmente sovrapponibili, è in realtà più apparente che reale: per il semplice motivo che, quando ad essere soppressa ex art. 36, c. 1 sia una clausola cd. accessoria, il risorgere integrativamente del diritto dispositivo derogato -nelle forme delle comuni regole di

¹⁴² V. *supra* § , nt. 79.

¹⁴³ V., in luogo di tanti, G. D'AMICO, *L'abuso dell'autonomia negoziale nei contratti con i consumatori*, cit. 345 s. In giurisprudenza v. Cass. 4 aprile 2001, n. 4946, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1784 s. e la successiva conforme Cass. 21 maggio 2008, n. 13051, in *Foro it.*, 2008, I, 1, c. 2472 ss., Naturalmente, in quanto già nulla sulla scorta del diritto comune, per la clausola in questione non si prospetta un successivo controllo di vessatorietà: che paradossalmente si potrebbe tradurre, in ragione del combinato disposto dei commi 1 e 4 dell'art. 34, nella statuizione di una qualifica in termini di validità.

¹⁴⁴ In quanto la banca, nei limiti della colpa lieve, potrebbe opporre una clausola valida quanto ai suoi effetti limitativi del danno risarcibile entro il tetto predeterminato, limitando così i diritti del consumatore (contemplati in una misura più ampia dalla legge). Epperò, di qui la ragione del distinguo nel testo, la dichiarazione del cliente, circa il valore dei beni depositati, vale per la banca al fine di procedere alla definizione della conseguente copertura assicurativa (art. 120 c. ass.). Sicché, ove il cliente non dichiara il vero valore o ne comunichi uno diverso, non si vede quale interesse meritevole di tutela dovrebbe veicolare una declaratoria di nullità (dell'intera clausola) ex art. 36, c. cons. che va a premiare un comportamento contrattuale contrario a buona fede (art. 1375 c.c.) idoneo nel contempo a causare un danno alla banca (visto che questa si è trovata nell'impossibilità iniziale di assicurarsi in modo adeguato). Né, va da sé, potrebbe rivelarsi d'ausilio ragionare in termini di scopo che la deroga al diritto dispositivo si prefigge di realizzare: non risultando certo suscettibile di protezione l'agire del consumatore. Sulla questione v., per altro, MOLITERNI, *sub* art. 120, in *Il codice delle assicurazioni private. Commentario al d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209* diretto da Capriglione con Alpa e Antonucci, Padova, 2007, II, 1, 164 ss. A titolo di completezza si deve poi segnalare che la giurisprudenza più recente, nonostante qualche evasività di troppo, è consolidata nel ritenere che l'inadempimento funga nel contempo da causa di impossibilità, escludendo così qualsiasi attenuazione ex art. 1229 c.c. del *quantum* di diligenza dovuto. V. Cass. 27 dicembre 2011, n. 28835, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratti bancari*, n. 65 e Cass. 30 settembre 2009, n. 20948, *ivi*, 2009, voce cit., n. 25.

¹⁴⁵ Come può evincersi anche dalla consultazione di M. FARNETI, *La vessatorietà delle clausole "principali" nei contratti del consumatore*, cit. 106 s. e 190 ss.

¹⁴⁶ V. Trib. Palermo, 7 aprile 1998, in *Foro it.*, 1998, I, 1624 e G. p. Strambino, 26 giugno 1997, in *Giur. it.*, 1998, 50;

¹⁴⁷ Secondo quello che è l'avviso della V. TRSTENJAK, *Conclusioni*, cit. § 88 ed anche di E. KAPNOPOULOU, *Das Recht der missbräuchlichen Klausel in der Europäischen Union*, Tübingen, 1997, 151 (nt. 97).

¹⁴⁸ Si possono menzionare, a titolo di mera esemplificazione, le fattispecie di cui all'art. 33, c. 2 ll. g, q ed s. Più in generale poi non sempre una clausola vessatoria implica una deroga al diritto dispositivo.





competenza o di responsabilità¹⁴⁹ - è automatico. Mentre, ove la declaratoria di nullità involga una clausola cd. principale, è soltanto per il tramite di una sostituzione, ove azionabile, che può avviarsi ad una nullità altrimenti totale del contratto¹⁵⁰. Nullità, questa, è dato credere, che per lo più sarà, in applicazione delle regole generali, per indeterminatezza (o indeterminabilità) dell'oggetto (artt. 1418, c. 2 e 1326 c.c.)¹⁵¹.

Ma, è vero, ben si può profilare l'ipotesi in cui una *pura* declaratoria di vessatorietà della clausola costituisca, per il professionista, il risultato più sfavorevole in virtù del rilievo che un successivo adeguamento in via dispositiva, nella misura in cui allinea «le condizioni contrattuali ad un livello conforme alla legge»¹⁵², corregge in realtà il contratto secondo un risultato che tutto sommato è ancora *soddisfacente* per il professionista. Altro infatti - questo il punto - è statuire che, ove il contratto non riporti l'indicazione del tasso di interesse e degli eventuali maggiori oneri dovuti in caso di mora, in mancanza di condizioni pubblicizzate sostituibili, *nulla è dovuto* (art. 117, c. 6 lett. b t. un. bancario)¹⁵³, altro prevedere che, in caso di nullità, trovano applicazione i tassi nominali di legge. A ragionare così l'immagine delle conseguenze giuridiche di legge, quale «riempitivo delle lacune originarie»¹⁵⁴, come vero *rischio tipico* per un professionista incline semmai alla nullità totale si ribalta. E siccome, dato anch'esso rilevante l'art. 6 della direttiva 93/13 non contempla - come si è visto (§ 1) - un implicito richiamo ad un meccanismo di sostituzione della clausola caduta perchè vessatoria, si potrebbe concludere nel senso che qualsiasi forma di integrazione successiva, sia poi essa dispositiva o giudiziale, si atteggia per questo motivo a vicenda attenuante -

se non elidente¹⁵⁵ - l'effetto deterrente della lotta alle clausole abusive.

9. *Segue: il caso della pattuizione di interessi moratori eccessivi ed il paradosso di un'integrazione giudiziale di equità alternativa alla surroga di legge.*

Tutto questo significa, allora, che l'art. 6 della direttiva 93/13 è violato allorché una disposizione nazionale - sull'esempio dell'art. 83 dell'RDL 1/2007 spagnolo - legittima il singolo giudice a sostituire una clausola vessatoria con «un'altra non qualificabile come tale»?¹⁵⁶ Sicché, per richiamare un esempio noto¹⁵⁷, la disdetta non più vessatoria ai sensi dell'art. 33, c. 2 lett. i, potrà esercitarsi anche intempestivamente e quindi nell'imminenza dello scadere del termine di efficacia del contratto?

Per quanto *prima facie* possa sembrare plausibile, non pare, ad un più attento vaglio, che un'interpretazione del genere, modellata sullo schema della mera soppressione della clausola abusiva, possa davvero reggere. E per più di un argomento concorrente.

Intanto una declaratoria di vessatorietà *nuda* non esiste, se è vero che, quando il legislatore statuisce che *nulla è dovuto*, un'integrazione comunque opera: per il tramite, questo sì, di *norme imperative* di sostituzione «speciale»¹⁵⁸, essendo qui l'effetto additivo affidato a regole diverse da quelle dell'integrazione ex art. 1374 c.c., coniate «espressamente» e «caso per caso» nella prospettiva di un *effetto sfavorevole* che funge essenzialmente da *sanzione* per il professionista scorretto. Il distinguo perciò mai è tra un'integrazione dispositiva e nessuna sostituzione quanto e piuttosto tra due forme di correzione integrativa, una ordinaria e l'altra sì imperativa, ma per via di questa sua caratura unidirezionalmente sfavorevole, spuria o anomala.

Senonché, per quanto l'art. 1419, c. 2 contempli una sostituzione delle clausole nulle soltanto per il tramite di norme imperative, un'integrazione cogente *anomala*, deviante dalla normativa dispositiva generale a motivo di un'assorbente funzione punitiva, costituisce di per sé un'eccezione, operante nei soli casi nominativamente previsti dalla legge. Col risultato che, sebbene esprima la forma di adatta-

¹⁴⁹ V., puntualmente, V. ROPPO, *Il contratto*, cit. e A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit. 272.

¹⁵⁰ V. C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit. 39.

¹⁵¹ Lo fa notare anche A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit. 232.

¹⁵² Così V. TRSTENYAK, *Conclusioni*, cit. § 88.

¹⁵³ Ma v. anche art. 125-bis, c. 7, lett. a, (visto che, nel caso di determinazione legale dell'ammontare del TAEG, *nessuna altra somma* è poi dovuta dal consumatore «a titolo di interessi, commissioni o altre spese») ed art. 23, c. 2 t. un. finanziario (se è vero che, nel caso di rinvio agli usi per determinare il corrispettivo od ogni altro onere dovuti dal cliente, la pattuizione è nulla e quest'ultimo non deve alcunché).

¹⁵⁴ Perché «rappresentano fondamentalmente il regime ottimale di un certo rapporto negoziale»: così già M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. impr.*, 1987, 431, mentre la felice locuzione è di C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, cit. 42.

¹⁵⁵ Di un effetto «contrario» discorre, nelle sue *Conclusioni*, la V. Trstenyak, cit. § 88: tanto, si osserva, che tutto ciò potrebbe persuadere il professionista *sic et simpliciter* «a tentare la fortuna».

¹⁵⁶ Così V. TRSTENYAK, *Conclusioni*, cit. § 89.

¹⁵⁷ Lo si legge in A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, cit. 432.

¹⁵⁸ Cfr. A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit. 274 (anche per la citazione che segue).

mento contrattuale incorporante il maggior effetto utile, il consumatore non la potrà invocare in difetto di quei presupposti di nullità sanzione cui essa è costitutivamente correlata.

Lo stesso concetto, si badi, può esprimersi scorrendo di un massimo effetto utile come un tipo di tutela cogente speciale che si sostituisce, in casi tassativi, al normale regime protettivo dell'integrazione dispositiva ordinaria. Se differenti infatti sono i termini lessicali del ragionamento, non lo è la sua sostanza.

Ritorna poi l'argomento di un'intrinseca *ragionevolezza* della tutela consumerista. Che, rispetto al caso degli interessi moratori pattuiti per un importo manifestamente eccessivo, è così compendiabile: posto che l'art. 1224, c. 1 individua una forma di risarcimento forfettario del danno da ritardo¹⁵⁹, se si dovesse ammettere, soppressa per vessatorietà la clausola contemplante un aumento degli interessi moratori progressivo all'accrescersi del ritardo, che il consumatore nulla deve per effetto dell'art. 1815, c. 2 in quanto detti interessi sono *usurari*, allora si avrebbe che il trattamento riservatogli per legge è *migliore* di quello disposto per altro contraente di diritto comune. Questi infatti, se inadempiente nella restituzione della somma mutuata, rimane comunque debitore degli interessi moratori, ovviamente nella loro misura legale, senza che venga in rilievo lo stralcio dell'art. 1815, c. 2. Né in senso contrario varrebbe opporre che degli interessi moratori esosi facilmente traslano in *usurari*: da un lato, infatti, non consta che l'art. 1815, c. 2 abbia introdotto una qualche deroga all'art. 1224, c. 1, dall'altra è evidente che gli interessi moratori legali di cui qui si fa questione sono contemplati per i casi nei quali pattiziamente o per legge «gli interessi corrispettivi non siano dovuti»¹⁶⁰. Insomma, stante la diversa funzione risarcitoria che li connota, gli interessi moratori sono sottratti alla logica di *nullità sanzione* che invece assiste gli interessi compensativi o corrispettivi.

E, se così stanno le cose, avrebbe allora del singolare ammettere che possa esserci un regime dualistico degli interessi moratori retto, come criterio discrezionale, dallo *status* di consumatore del debitore: perché, se così fosse, allora il suddetto consumatore potrebbe pure adempiere tardivamente la prestazione senza essere tenuto ad un qualche risarcimento del danno. Neanche infatti si può ragionevolmente sostenere che la nullità della clausola sugli interessi moratori sortirebbe l'effetto di un'ammissione successiva del professionista a provare in concreto il

danno subito domandandone il risarcimento. Se opera l'art. 1815, c. 2, ogni altra pretesa del professionista creditore è poi da intendere come estinta od azzerata.

Risultato: siccome l'idea di una nullità senza gli effetti legali dell'art. 1224 sottende un'interpretazione premiale per il debitore inadempiente, legittimato per questa via a «ritardare senza limiti di tempo la restituzione del *tantundem*»¹⁶¹, è ben più plausibile concludere per un accantonamento dell'art. 1815, c. 2. D'altronde, se la *ratio* della disciplina europea è di restaurare la parità *inter partes*, allora imputare al consumatore una condizione giuridica migliore «di quella solitamente riconosciuta a due controparti contrattuali... [in] posizioni di parità»¹⁶², andrebbe al di là di un'interpretazione comunitariamente orientata del dato normativo.

Infine il rilievo -completivo- sulla natura *iperprotettiva* che finirebbe per avere un regime integrativo teleologicamente basato sul riservare al consumatore il massimo grado di tutela.

Il disposto dell'art. 36, c. 1 ha infatti un significato intellegibile solo se riferito ad un'integrazione dispositiva che riproduca la disciplina di diritto comune abusivamente derogata dal professionista. Se invece si potesse ovviare alla lacuna con una forma integrativa speciale o equitativamente coniata dal giudice, si otterrebbe il risultato di riconoscere al consumatore un'utilità non contemplata dal diritto comune. Un'utilità che, per l'essere gli effetti gravosi di una certa clausola inclusi tra i costi ammessi dalla legge, sarebbe allora *eccedente* il vantaggio, come incidentalmente riconosciuto dalla stessa Corte di giustizia nel caso *Cofidis*¹⁶³, validamente negoziabile. Si tratterebbe, in particolare, di un vantaggio *aggiuntivo* e soprattutto «validamente escluso dal contratto»¹⁶⁴.

Varrebbe poco obiettare che il ragionamento testè prospettato regge fin quando si fa questione di concorrenza tra criteri integrativi legali mentre non torna più per il caso di un adattamento giudiziale che, a causa della maggiore gravosità della singola norma dispositiva direttamente o per via analogica applicabile, si mostri più soddisfattiva dell'interesse del consumatore. Da cui poi, per chi così ragiona, il declassamento della disciplina dispositiva al rango di una normativa *residuale* nella gran parte delle ipotesi riconducibili all'abuso della libertà contrattiva-

¹⁶¹ Così G. PASSAGNOLI, *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale ed interpretazione autentica*, cit. 81.

¹⁶² V. TRSTENJAK, *Conclusioni* nella causa 453/10, cit. § 65.

¹⁶³ Cfr. C. giust. CE 21 novembre 2002, causa C-473/00, § 23 della motivazione e le *Conclusioni* dell'avvocato generale A. Tizzano (§ 40 e 41).

¹⁶⁴ Così F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, cit. 86.

¹⁵⁹ V., in luogo di tanti, C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni, sub. Art. 1224*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 1967, 285.

¹⁶⁰ Così E. NAVARRETTA, *sub art. 1469-bis*, co. 3, n. 6, cit. 899.





ale¹⁶⁵. Si pensi, per richiamare un esempio emblematico¹⁶⁶, quell'art. 13, c. 5 l. n. 431/98 ove, nel caso il conduttore di una locazione di fatto domandi l'accertamento del contratto, la determinazione giudiziale del canone dovuto incontra, nella misura di legge, un limite massimo derogabile *in melius*. Eppure il fatto è che, e da qui il netto dissenso, non si danno in realtà argomenti inoppugnabili che possano davvero suffragare il postergarsi, rispetto al conio di un giudiziale «punto di equilibrio diverso»¹⁶⁷, di una correzione legale dispositiva a motivo di una sua minore rispondenza al concreto contesto circostanziale del singolo caso decidendo. Ed anche l'argomento che insiste su di una simmetria dei rimedi, l'espunzione della clausola vessatoria è dichiarata giudizialmente sicché la rettifica *ope iudicis* genera sì un effetto inverso ma corrispondente, prova troppo. *Nulla quaestio* sulla circostanza che il giudice, nel procedere al cassare la clausola abusiva, potrà essersi prefigurato quale dovrebbe «essere il contenuto» -in sostituzione- «non abusivo»¹⁶⁸: ma da questo assunto non si può inferire una correzione giudiziale *pro parte* del contratto alla stregua di un complemento di *ragione naturale*¹⁶⁹. Per l'elementare -ma conclusiva- ragione che nella previsione di un sindacato giudiziale di vessatorietà non è affatto implicito un potere di integrazione equitativa, ai sensi ed agli effetti degli artt. 1339 e 1419, c. 2, del contratto viziato. Trattandosi di due tecniche molto diverse e soprattutto, per il valorizzare la seconda un'equità rilevante in via *principale* e non *sussidiaria* com'è nello spirito dell'art. 1374, contraddistinte

da un coefficiente assai differenziato di intrusività «rispetto all'autonomia privata»¹⁷⁰.

Certo, sebbene sia dettata per una tutela specifica del professionista creditore verso la P. A. o nei riguardi di un (altro) professionista – debitore dominante, si potrebbe sempre opporre il richiamo all'art. 7, c. 3 del d. Lgs. 231/02, testualmente incentrato su di una declaratoria di nullità prodromica ad un adattamento officiosamente oscillante tra l'applicazione dei termini legali -art. 4- ed una riconduzione ad equità del contratto. Il che, è vero, implica una concorrenza tra rimedi eterointegrativi comparativamente governata da un parametro valutativo orientato non alla soppressione della *species* qualificata di *ingiustizia* contrattuale rilevante normativamente¹⁷¹ bensì al miglior equilibrio del sinallagma contrattuale¹⁷². E quando, nel corpo della *Martin Martin* (§ 35), la Corte prospetta una riapertura dei termini, per recedere dal contratto, disposta implicitamente dal giudice *anche* in assenza di una previsione normativa *ad hoc*, il cerchio argomentativo parrebbe chiudersi.

Senonché, di là dalla circostanza che il nuovo art. 7 della direttiva 2011/7/UE ha soppresso qualsiasi riferimento ad una integrazione dispositiva proposta nel caso che il «giudice nazionale ... riporti il contratto ad equità», neanche questo argomento varrebbe a fondare una conformazione giudiziale del contratto, *alternativa* all'applicazione delle *gesetzlichen Bestimmungen*, in quanto espressiva di un rapporto più vantaggioso per l'interesse del consumatore. Anzitutto bisogna tener conto del dato, sì accessorio ma non di complemento, che neanche nel corpo dell'art. 7, c. 3 si è mai contemplata una fattispecie ordinata nel senso che la preferenza espressa dal contraente protetto per *un* rimedio integrativo ri-

¹⁶⁵ V., sia pure con una diverso apparato argomentativo, M. MAUGERI, *Contratti caratterizzati da squilibrio di potere: costruzione di un modello unitario di rimedio invalidativo o pluralità di modelli?*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, Milano, 2007, 255 s.; A. ZACCARIA, *La direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium iuris*, 2001, 270 e F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale, disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 699 (testo e nt. 105). *Contra* invece, più persuasivamente, AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 264.

¹⁶⁶ Sul quale molto insiste S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, 241 s.

¹⁶⁷ È il periodare di E. MINERVINI, *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento*, cit. 216.

¹⁶⁸ Così A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit. 284.

¹⁶⁹ V., diffusamente, in tal senso, S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit. 239 ss. Al contrario, e non a caso, V. SCALISI, *Il contratto e le invalidità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 251 pur nell'ottica del rimodellamento del contratto, è nitido nel rilevare come l'integrazione avvenga per il tramite di «regole legali (imperative o dispositive) a carattere sostitutivo, integrativo o correttivo».

¹⁷⁰ Cfr. A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit. 289, il quale citando *L'abuso di dipendenza economica*, in Vettori (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, cit. 502 nel contempo mi imputa la propensione ad ammettere un'integrazione *ope iudicis* del contratto dal quale sia stata cassata la clausola abusiva. Il che, se fosse vero, fornirebbe ai fautori dell'integrazione giudiziale un pregnante dato normativo sul quale fondare, almeno nell'area dei contratti asimmetrici tra professionisti, un potere giudiziale di adeguamento o di (ri)qualificazione del contratto. Ma il fatto invero è che, in quelle pagine, si profila un'*eventualità*, non la premessa argomentativa di discorso sistematico a tutto tondo.

¹⁷¹ In quanto «peculiare forma di qualificazione normativa [dell'] abuso ... rilevante»: così V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un principio controverso*, ora in *Il contratto in trasformazione*, cit. 352 (c. vo nel testo).

¹⁷² M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit. 148 ss. e E. MINERVINI, *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento*, in AA. VV., *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, a cura di F. Di Marzio, Napoli, 2004, 214.

spetto all'altro vincoli il giudice¹⁷³: il quale rimane discrezionalmente libero, financo in una disposizione così *singolare*, di coniare una regola più o meno *favorevole* di quanto non sia, per il contraente protetto, quella di legge. E poi c'è l'argomento decisivo che un caso *singolo* di (ri)costruzione giudiziale concorrente a quella di legge non è sufficiente a fondare una *regola* con la quale si vorrebbe che la lacuna conseguente all'espunzione di una clausola abusiva, quand'è più *fair*, si colma per effetto di una circostanziata determinazione contenutistica fissata dal giudice. Soltanto una fraintesa idea di proporzionalità può infatti indurre a pensare che l'insieme delle norme dispositive rappresenti non «il modello prescelto», in quanto statuto normativo del consumatore medio, ma «un possibile modello» preconizzato «in vista del risultato voluto»¹⁷⁴. Perché, com'è di tutta evidenza, questo e null'altro significa immaginare un giudice che, vagliata previamente l'*adeguatezza* della disciplina legale, provvede ad applicarla al caso concreto ovvero, acclaratane viceversa l'*inadeguatezza*, si risolve per questo solo motivo a ridurre ad equità il contratto¹⁷⁵.

10. La nullità totale per sacrificio irragionevole del professionista -§ 306, Abs. 3 BGB- quale limite (eccezionale) ad una ipertutela del consumatore ed il delinearisi di una tutela risarcitoria per culpa in contrahendo.

Più perspicuamente di quanto non si legga nella traduzione italiana, la versione tedesca dell'art. 6 mette in evidenza che il contratto continua ad avere effetto «*auf derselben Grundlage*» in quanto, come si è scritto, se la parte residua del regolamento potrà ricevere esecuzione dipende -precipuamente- da quel che «*subentra*»¹⁷⁶. Nel § 306, Abs. 3 del BGB,

¹⁷³ Lo mette in risalto E. MINERVINI, *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardato pagamento*, cit. 217.

¹⁷⁴ Cfr. M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit. 151. E per una stringente critica ad un sindacato da affidare «discrezionalmente a giudici» orientati dal solo «tasso di equità riscontrabile nell'atto impugnato» v., conclusivamente, P. SCHLESINGER, *Introduzione*, cit. 389.

¹⁷⁵ Che poi era quanto auspicava A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni di contratto*, cit. 239, allorché avvalorava una rappresentazione della norma dispositiva di legge come un indice orientativo vincolante per il giudice dal quale tuttavia è consentito potersi discostare quando, persino con l'applicazione delle norme derogate unilateralmente, «non si otterrebbero in quel caso risultati conformi ad equità» (c. vo nel testo).

¹⁷⁶ Così già WOLF, *sub art. 1 RiLi*, in WOLF - HORN - LINDACHER, *AGB-Gesetz*, 4 ed., München, 1999, 2037 s.; SCHLOSSER, *sub § 306*, cit. Rn. 29 e H. SCHULTE-NÖLKE, *sub § 306*, cit. Rn. 8.

lo stravolgimento dell'operazione economica per il venir meno della sua stessa base negoziale, prende la veste, come prima si ricordava, del sacrificio inesigibile (*unzumutbare Härte*), causativo a sua volta di un abuso a danno della parte che lo subirebbe. Per conseguenza, se in ragione dell'effetto trasformativo e non manutentivo che l'integrazione veicola, si ha una -sia pure *ausnahmsweise*- *Unwirksamkeit des Vertrages*¹⁷⁷, il risultato che si ottiene è un canone di tutela ottimale del consumatore soggetto pure al limite, che già per altro si intravedeva nel procedimento di selezione della *species* integrativa da preferirsi, di un preservarsi dell'originario rapporto di corresponsività tra le prestazioni: difettando il quale il principio dell'*utile per inutile non vitiatur* risulta messo fuori gioco perché la tutela conosciuta dall'art. 6 è sì *in favorem consumatoris* «ma non necessariamente contro il professionista»¹⁷⁸. Ed ipotizzare una *lex contractus* che vincola nonostante la sopravvenuta integrazione abbia prodotto non un generico svantaggio economico quanto una *einschneidende Störung des Äquivalenzverhältnisses* avrebbe proprio l'effetto perverso di mutare la *Vertragsgleichgewicht* dello scambio¹⁷⁹.

Certo, è vero che il dettato legislativo tedesco, al quale rimane del tutto estranea una valutazione soggettiva dell'importanza (*Belange*) della modifica occorsa¹⁸⁰, è riferito in maniera neutra ad una *Vertragspartei*. Sicché la nozione di *unzumutbare Härte*, che si valuta va da sé «*nicht nach dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, sondern nach dem Zeitpunkt der Geltendmachung der Ansprüche aus dem Vertrag*»¹⁸¹, può, all'occorrenza, anche tornare a vantaggio del consumatore - cliente, laddove ad esempio, a motivo della soppressione di tutte o della maggior parte delle clausole standard, sopravvenga una situazione di incertezza (*Ungewissheit*) o di controvertibilità (*Streit*) sul complesso dei rispettivi diritti ed obblighi contrattuali oppure, che poi è lo stesso, allorché il contratto specie se atipico, privato delle condizioni generali, risulti privo di senso se non completamente oscuro¹⁸². E tuttavia, lo

¹⁷⁷ V. J. BASEDOW, *sub § 306*, cit. Rn. 31; JAUERNIG, *sub § 306*, cit. Rn. 6; SCHLOSSER, *sub § 306*, cit. Rn. 30 b), secondo il quale devono ricorrere dei motivi particolari (*besondere Gründe*) per l'inverarsi di una *Unwirksamkeit* dell'intero contratto, per quanto è possibile da evitarsi assolutamente ed C. ALEXANDER, *Vertragsrecht und Lauterkeitsrecht unter dem Einfluss der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, cit. 518. In giurisprudenza v. BGH, 20 marzo 2003, in *WRP*, 2003, 98.

¹⁷⁸ Così R. CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econom.*, Padova, 2005, 240.

¹⁷⁹ V., diffusamente, J. BASEDOW, *sub § 306*, cit. Rn. 32.

¹⁸⁰ Lo mette in risalto SCHLOSSER, *sub § 306*, cit. Rn. 29.

¹⁸¹ Cfr. J. BASEDOW, *op. ult. cit.* Rn. 31.

¹⁸² V. JAUERNIG, *sub § 306*, cit. Rn. 6 (e qui il riferimento ad *eine unbillige Härte*); SCHLOSSER, *sub § 306*, cit. Rn. 30 b)



spoglio delle seppure esigue fattispecie note si mostra al riguardo istruttivo, è innegabile che sarà principalmente il professionista *Verwender* a patire il danno di un contratto squilibrato per via di un'integrazione che, per l'imprevedibilità (*Unvorhersehbarkeit*) o l'irragionevolezza succedanea del rischio pattuito (*Vetragsrisiko*), è troppo premiale per l'aderente. Come, sebbene una diffusa lettura di riduzione teleologica della disposizione abbia moltiplicato i casi nei quali il maggior sacrificio per il professionista è stato giudicato ragionevole¹⁸³, il riferimento ad un calcolo di costo non programmato (o profondamente distorsivo) ovvero il trasformarsi del contratto da oneroso in gratuito lascia intendere.

E di qui, allora, una constatazione spesso invece negletta: diversamente da quanto comunemente si pensa¹⁸⁴, nella trama dell'art. 6 dir. 93/13 sono due, e non uno, i limiti impedienti l'operare di una nullità a parzialità necessaria. Il primo, che un *favor consumatoris* interpretativo può parcellizzare alla singola porzione di clausola concernente il prezzo o l'oggetto ma non escludere, implicito nel caducarsi di un elemento essenziale insostituibile o per conseguenza della *relatio* che la clausola vessatoria faccia ad un documento esterno al contratto¹⁸⁵. Il secondo, meno intuitivo, ma dal significato forse più stringente, esplicitandosi per il suo tramite la regola che il canone della *best consumer protection* è subalterno al caducarsi del contratto che, proprio a motivo della modifica sopravvenuta, verrebbe a produrre *de futuro* non degli effetti negoziali nuovi quanto diversi: *ex fide bona*, valorizzando così le circostanze

particolari del caso e lo scopo concreto perseguito, inesigibili. Né, in senso contrario, d'altronde, può operare l'argomento, ove aleggia vistosamente una valenza di stampo punitivo¹⁸⁶, secondo cui al professionista, essendo pur sempre responsabile di una confezione sorprendente o oscura del testo contrattuale, non è data *sic et simpliciter* facoltà di eccepire la maggiore onerosità dell'operazione: da cui poi quella pratica -di cui si diceva- avvalorante un'interpretazione restrittiva della portata derogativa che il limite del sacrificio irragionevole innegabilmente apporta al canone della nullità parziale. Pratica, è vero, che è alla base dell'idea di una valenza del § 306, *Abs. 3 di minimale Bedeutung*¹⁸⁷ (onde evitare che la norma si traduca in un precetto di ingiustificato *favor* per il professionista)¹⁸⁸ e posponendola ad una *ergänzende Vertragsauslegung*, con funzione conservativa, spesso ultrattiva¹⁸⁹. Per quanto qui interessa questo argomento non riesce infatti a scalfire la constatazione che il profilo di una *Totalnichtigkeit* con finalità di controllo dell'equilibrio sinalagmatico riveduto fissa in realtà la *misura* dell'ambito di estensione da assegnare all'integrazione: sull'assunto, e quando lo si sagoma in un modo che lo trasforma in un «*aliud*» non lo è¹⁹⁰, che un contratto integrato -vuoi a seguito di una «sedimentazione normativa» o di una «simulazione giudiziale»¹⁹¹ - non si mostra, per ciò solo, equo. Non basta, in altri termini che il regolamento integrato assicuri al consumatore un risultato «ragguagliabile a quello divisato...», secondo la causa concreta dello stesso»¹⁹².

Da ultimo neanche riuscirebbe ad essere risolutivo replicare che il venir meno del contratto eco-

(*verbleibende Rest so rüdimentar*) ed C. ALEXANDER, *Vertragsrecht und Lauterkeitsrecht unter dem Einfluss der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, cit. 518.

¹⁸³ In ragione evidentemente dello scopo di protezione dell'aderente. V., per tutti, la fitta esemplificazione di J. BASEDOW, *sub § 306*, cit. Rn. 32 che richiama le fattispecie di una «*wichtiger Risikoausschluss wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot*», del contratto di garanzia (e di *time sharing* immobiliare) ovvero del contratto di assicurazione quanto alle *Freigabeklauseln* o *Verwertungsklauseln*. Fattispecie che, in buona parte, ricorrono anche in SCHLOSSER, *sub § 306*, cit. Rn. 33. Né come esimente, si mette in risalto, può valere il semplice prodursi di effetti non previste non essenziali per il perfezionarsi del contratto.

¹⁸⁴ E, di là dalla circostanza che l'omissione sia dipesa o meno da una svista del legislatore europeo (così HABERSACK - KLEINDIECK - WIEDENMANN, *Die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und das künftige AGB-Gesetz*, in ZIP, 1993, 1675), per una sintesi della *communis opinio* è utile la lettura di BELLELLI, *sub art. 1469-quinquies*, 1 e 3 comma, in *Le clauseole vessatorie nei contratti con i consumatori*, cit. I, 693. Per un attento quadro v., comunque, NASSALL, in GEBAUER-WIEDEMANN, *Zivilrecht unter europäischem Einfluss*, 2 ed., 2010, Kap. 6, Rn. 44.

¹⁸⁵ Che poi è il caso deciso da Trib. Milano, 12 gennaio 2007, in Ass., 2007, 55 che fa corretta applicazione, sia pure con una motivazione erronea, dell'allora art. 1469-bis, c. 3, n. 10 (attualmente art. 33, c. 2, lett. l. c. cons.).

¹⁸⁶ Trasparente nel pensiero di J. BASEDOW, *sub § 306*, cit. Rn. 32 e, già per il § 6, *Abs. 3*, di KÖTZ, *sub § AGBG*, in *Münchener Kommentar zum BGB*, 3 ed., München, 1993, I, 1849.

¹⁸⁷ V. ancora J. BASEDOW, *op. loc. ult. cit.* E v. anche H. SCHULTE-NÖLKE, *sub § 306*, cit. Rn. 8 quanto all'esigenza imprescindibile di commisurare il sacrificio inesigibile ad una «*extreme Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung*».

¹⁸⁸ Che poi era il timore adombrato da quella dottrina -ECKERT, *Die EG - Richtlinie für mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen und ihre Auswirkung auf das deutsche Recht*, in WM, 1993, 1077- che, subito dopo l'emanazione della direttiva 93/13, vista l'omissione letterale di una fattispecie di caducazione del contratto nell'interesse del professionista, invitava alla soppressione dell'allora § 6, *Abs. 3*.

¹⁸⁹ Di una *Totalnichtigkeit* da *vermeiden* discorre, riallacciandosi all'argomento di CANARIS, *Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen*, in *Festschrift Steindorff*, 1990, 556, SCHLOSSER, *sub § 306*, cit. Rn. 30 b).

¹⁹⁰ Così R. CALVO, *I contratti del consumatore*, cit. 236.

¹⁹¹ Secondo quello che è il lessico -originale- di M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, cit. 51.

¹⁹² Così invece ragiona BOCCHINI, *Tradizione ed attualità nel diritto privato*, Napoli, 2009, 207.



nomicamente svantaggioso per non esservi più l'originaria *Grundlage*, dimidia il livello di protezione del consumatore: se è vero che costui rimane comunque legittimato a domandare il risarcimento dei danni, ai sensi dei §§ 241 e 311 BGB: dunque per *culpa in contrahendo*, secondo la classica prospettiva di Jhering di una responsabilità precontrattuale che sempre presuppone la nullità del vincolo, per l'aver dato il predisponente, a motivo dell'originaria deroga iniqua al diritto dispositivo, causa mediata all'*Unwirksamkeit* del contratto. Col risarcimento del danno, di tutto il danno patito dal consumatore in conseguenza della *Verletzung vorvertraglichen Rücksichtnahmepflichten*¹⁹³, quale tutela in forma specifica perché ripristina lo *status quo ante* la stipula del contratto E, sia detto per inciso, è una variante rimediale che, per effetto di quanto dispone l'art. 1337 (più ancora dell'art.1338 c.c.)¹⁹⁴, può ben tornare utile, nonostante la normativa consumeristica non lo statuisca espressamente, anche nell'ordinamento italiano¹⁹⁵: ove, se la tutela risarcitoria è prospettabile come tecnica concorrente all'espunzione della clausola vessatoria quale conseguenza dell'agire abusivo del professionista responsabile¹⁹⁶, non la si può certo escludere allorché, perduto il contratto, al consumatore rimanga solo quel surrogato che si traduce nel valore di mercato della prestazione mancata (*seu* perdita subita). Un danno perciò non commisurato all'interesse positivo, perché da un contratto nullo non può scaturire un diritto alla prestazione, epperò ricomprensivo del lucro cessante, quale risultato dell'inadempimento di un'obbligazione senza prestazione rilevante come «effetto di protezione soggettiva» del consumatore¹⁹⁷.

Per altro, va detto, ammettere che possa aversi una nullità totale -per *Unzumutbarkeit/irragionevolezza* del vincolo- non sarebbe affatto *contro* il consumatore. Di là infatti dalla previsione di un risarcimento dei danni, il concepire un caducarsi del regolamento perché, a seguito di una

valutazione *complessiva* dell'interesse delle parti, il sacrificio imposto ad uno dei contraenti sarebbe *unzumutbare* lascia per vero intravedere sì un limite alla *Teilnichtigkrit*, quale *regelmäßiger Rechtsfolge*, ma è un limite inseparabilmente bidirezionale e non sterilmente appiattito su di una intermittente convenienza unilaterale. Sicché, non v'è chi non lo veda, proprio in quanto preconditione impediante dettata secondo i dettami della ragionevolezza e congruità¹⁹⁸, è fuor di dubbio ch'essa si mostra meglio accorcia -rispetto s'intende al canone operativo promosso dalla Corte- a governare le «*strengere nationale Rechtsvorschriften*»¹⁹⁹ di cui discorre l'art. 8 della direttiva 93/13. Ad un contratto che può *reasonably* essere conservato *without the unfair terms* allude d'altronde, significativamente, l'art. 9: 409, § 2 del DRAFT *common frame*²⁰⁰.

11. Terza fattispecie: ammontare proporzionato e convenienza per il consumatore. L'interpretazione consumeristica della Corte nel tempo presente.

Nella sentenza *Weber e Putz*, la cifra di tutto il ragionamento si condensa nella locuzione 'importo proporzionato': che rimane formula di incerta decifrazione pure a declinarla, per evitare che il ripristino assomigli ad un rimedio monco, secondo un significato stralciante -dal costo complessivo- il *quantum* di spese ragionevolmente imputabili al consumatore²⁰¹. Gli è infatti che c'è pur sempre un inadempimento del professionista all'origine del danno patito dal consumatore: ed il rimedio più utile, insieme alla riduzione del prezzo od alla risoluzione del contratto ex art. 130 c. cons., finisce allora per essere un concomitante risarcimento dei danni in forza di quell'art. 1494 c.c che, per restaurare la corrispettività dello scambio, una giurisprudenza consolidata abitualmente accorda onde far sì che

¹⁹³ Cfr. J. BASEDOW, *sub* § 306, cit. Rn. 35.

¹⁹⁴ Perché nel dovere di buona fede nelle trattative è sicuramente assorbito l'agire invalidante del professionista artefice dell'inclusione, nel contratto, di clausole abusive. All'art. 1338 si richiama, invece, S. MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, cit. 50.

¹⁹⁵ Nient'affatto votato, come invece si legge in BELLELLI, *sub* art. 1469-*quinquies*, 1 e 3 comma, cit. 693, a garantire «in ogni caso» la conservazione del contratto. V., correttamente, MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, cit. 50.

¹⁹⁶ Lo ha fatto notare C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità, responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Europa. dir. priv.*, 2010, 29 s. ed *amplius* A. ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, Milano, 2008, 268.

¹⁹⁷ V. C. CASTRONOVO, *Patologie contrattuali, invalidità e risarcimento*, cit. 34, 49 s. e 53 s.

¹⁹⁸ La *survie* del contratto è *écartée*, osservano J. FLOUR- J.L. AUBERT- E. SAVAUX, *Les obligations. 1. L'acte juridique*, 13 ed., Paris, 2008, 148 quando una fattispecie contrattuale -ed il tritico è autoevidente- no si mostra più *cohérente, équilibrée et viable*.

¹⁹⁹ Sul fatto che § 306, *Abs.* 3, se letto sulla scorta del 21 Considerando della direttiva 93/13, sia attuale (V. ROLOFF, *sub* § 306, in *Erman BGB*, 13 ed., , 2011, Rn. 16) e possa costituire - verrebbe da dire- per leggere innovativamente il quesito posto alla Corte dal giudice slovacco, v. C. ALEXANDER, *Vertragsrecht und Lauterkeitsrecht unter dem Einfluss der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken*, cit. 518.

²⁰⁰ Il parallelismo tra il § 306 ed i tentativi -culti- di unificazione del diritto contrattuale europeo si legge -diffusamente- in P. HELLWEGE, *Allgemeine Geschäftsbedingungen einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die Allgemeine Rechtsgeschäftslehre*, cit. 594 s.

²⁰¹ É la tesi propugnata da E. POILLOT, *Obs.*, cit. 845.



l'acquirente possa versare in una situazione corrispondente alla disponibilità di una *res* senza vizi. Né il rilievo deve sorprendere: già nella sentenza *Messner*, sia pure in una prospettiva inversa, si era assistito ad una applicazione combinata della legislazione consumerista e del diritto comune patrimoniale.

Due considerazioni sembrano, d'altronde, suffragare questa lettura: la propensione, trasparente in più sentenze della Corte, ad un modello protettivo che, se non più economicisticamente ancillare ad una *fair competition* tra imprese, neanche può sconfinare in una tutela assoluta²⁰². Di talché si una tutela diretta ma pur sempre orientata allo scopo perseguito dall'una o dall'altra direttiva. E poi, nella consolidata prospettiva di un interprete che disvela lacune occulte, il crescente valorizzarsi di un approccio pragmatico legato allo scrutinio preliminare degli effetti empirici che originano da un certo *dictum*. Un canovaccio argomentativo, questo, che è sicuramente alla base, nell'ordine, della recente

- esclusione, nella fase antecedente l'emissione del decreto ingiuntivo, di un potere officioso del giudice di rilevare d'ufficio la vessatorietà di una clausola, visto che, senza compromettere l'efficienza del procedimento monitorio, la tutela del consumatore è ben assicurata da un'opposizione formulabile nella successiva fase del procedimento contraddittorio;

- dello statuire che l'esercizio del recesso possa avere anche soltanto effetti *ex nunc*, onde evitare il pregiudizio agli altri investitori, col risultato di un consumatore che non ha diritto al rimborso del conferimento versato all'atto dell'adesione ma è partecipe delle perdite, potendo in realtà reclamare esclusivamente la restituzione di una somma pari al valore che la sua quota ha al momento del recesso²⁰³;

- del dichiarare che un contratto di assicurazione sulla vita dietro la corresponsione di un premio investito, con modalità proporzionali differenziate, in titoli a reddito fisso e variabile, non rientra, ancorché risulti stipulato fuori dei locali commerciali, nell'ambito di applicazione della direttiva 85/577/CEE²⁰⁴. Col che al consumatore non compete il regime di tutela che da questa promana.

Quale l'epilogo perciò? Che forse, allo stato, la *distruzione creatrice* schumpeteriana è l'immagine che meglio rende l'instabilità concettuale di un sistema rimediale *in progress*: con una sua struttura

definita quanto al binomio obbligo di informazione – recesso ed invece ancora incerto -se non claudicante- nel selezionare lo standard -il *quantum* ed il *quomodo*- di tutela da riservare al consumatore nella gestione del rapporto contrattuale.

²⁰² Emblematiche, di là dalla diversità di accenti e toni, C. giust. UE, 10 aprile 2008, causa C- 412/06 *Hamilton*; C. giust. 16 dicembre 2008, causa C-205/07 *Gysbrechts* e C. giust. UE, 3.9.2009, causa C-489/07, *Messner*.

²⁰³ V. C. giust. UE, 15 aprile 2010, causa C-215/08, *Fritz*.

²⁰⁴ V. C. giust. UE, 1 marzo 2012, causa C-166/11, *González Alonso*.

