

PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2012 - Numero 2

Saggi

Social justice and access justice in private law,
di Hans Wolfgang Micklitz..... p. 73

Nullità di protezione, integrazione dispositiva e
massimo effetto utile per il consumatore: varia-
zioni sul tema dell'asimmetria contrattuale, di
Stefano Pagliantini..... p. 96

Materiali e commenti

La *nullità speciale* del contratto dopo
l'annullamento dell'aggiudicazione, di Giovanni
Passagnoli..... p. 122

Attualità

Diritti e coesione sociale, di Giuseppe Grisi..... p. 131

Persona e Mercato è una rivista fon-
data da Giuseppe Vettori.

Direzione: Giuseppe Vettori

Comitato di direzione: Emanuela
Navarretta; Stefano Pagliantini; Gio-
vanni Passagnoli; Pietro Sirena.

Comitato dei revisori: Fabio Addis;
Carmelita Camardi; Giuseppina Cap-
aldo; Massimo Confortini; Giovan-
ni D'Amico; Giancarlo Filanti; Carlo
Graneli; Massimo Franzoni; Fran-
cesco Macario; Marisaria Maugeri;
Fabio Padovini; Maddalena Rabitti;
Antonio Rizzi; Claudio Scognami-
glio; Paolo Zatti; Massimo Zaccheo.

Segreteria: P.zza San Marco 5,
50121 Firenze.

E-mail: info@personaemercato.it

Info: www.personaemercato.it

Persona e Mercato è testata registrata in
data 9/10/2000 al n. 4995 dell'elenco del-
la stampa periodica curato dal Tribunale
di Firenze.

ISSN 2239-8570

Tutti i diritti di riproduzione sono riserva-
ti, comprese le rappresentazioni grafiche
ed iconografiche. Ogni riproduzione, an-
che parziale e qualunque sia il formato e
il supporto, è vietata, tranne per uso pri-
vato senza alcuno scopo commerciale.
Sono consentite, inoltre, le citazioni a
titolo di cronaca, studio, critica o recen-
sione. In ogni caso, l'integrità dei docu-
menti riprodotti dovrà essere rispettata e
la riproduzione, anche parziale, dovrà
essere accompagnata dall'indicazione
della fonte.

Hanno collaborato a questo numero: Giu-
seppe Grisi, Hans Wolfgang Micklitz, Ste-
fano Pagliantini, Giovanni Passagnoli.

SOCIAL JUSTICE AND ACCESS JUSTICE IN PRIVATE LAW*.

Di Hans Wolfgang Micklitz

SOMMARIO: 1. *How the Argument Goes.* - 2. *The Socio-Economic and Political Background of Social Justice (in Private Law) in France, Germany and England.* - 2.1. *The English Model – A Liberal and Pragmatic Design Fit for Commercial Use.* - 2.1.1. *English Pragmatism and Two Explanatory Hypotheses.* - 2.1.2. *The Gradual Intrusion of Social Justice into Labour and Consumer Law.* - 2.2. *The French Model – A Forward Looking Political Design of a (Just) Society.* - 2.2.1. *The Political Conception – A Tentative Explanation.* - 2.2.2. *Politicising Private Law as Social Law.* - 3.3. *The German Model – An Authoritarian Paternalistic-Ideological though Market Orientated Design.* - 3.3.1. *Ideological Paternalism and Market Pragmatism.* - 3.3.2. *Authoritarian Liberalism and the Rise of Labour Law and Consumer Law.* - 4. *The European Integration Process and the European Model of Justice.* - 4.1. *The Evolutionary Character of the European Legal Order and the Rise of ‘The Social’.* - 4.2. *The Impact of the European Integration Process on Labour and Anti-Discrimination Law.* - 4.2.1. *Labour Law and Anti-Discrimination Law.* - 4.2.2. *Consumer Law.* - 5. *The European Model on Access Justice.* - 5.1. *Social Distribute, Access Justice and Allocative Libertarian Justice.* - 5.2. *The Two Constitutive Elements: Access Rights and Anti-Discrimination Rights.* - 5.2.1. *Specific Access Rights in Labour, Anti-Discrimination and Consumer Law.* - 5.2.2. *The Horizontal Dimension of Anti-Discrimination.*

1. How the argument goes.

During the 20th, the Member States of the European Union developed their own models of social justice in private law. Each model is inherently linked to national culture and tradition. However, all models have a common thread, which is the use of the law by the (social welfare) state as a means to protect the weaker party against the stronger party, the employee against the employer, the tenant against the landlord and the consumer against the supplier. Therefore, social justice is bound to the idea of the redistribution of wealth from the richer to the poorer part of the society, individually and

collectively. That is where the idea of the social welfare state is located.¹

The integration of social justice into private law and the rise of the welfare state were made possible by way of the grand transformation process that shook Europe between the 17th -19th century and that freed private law from feudal and corporative (ständische) barriers.² This transformation process

* Il saggio è già stato pubblicato nel secondo numero del 2011 della rivista dell'*European University Institute*.

¹ I do not want to claim that social justice can be equated with the social welfare state. In fact, it is necessary to distinguish between the protective welfare state of the late 19th century and the regulatory welfare state which emerged in the second half of the 20th century. I would like to thank C. Torp for this clarification.

² See F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967.



is very much bound to the specificities of any given particular country, its economic and social conditions and also timing. Social justice itself is a product of the late 19th/early 20th century, a result of the socialist labour movement. Member States responded to this new challenge in various ways, mostly by transforming their private law systems through the 'protective' welfare state in the late 19th early 20th century. The second wave of social justice began after the Second World War with the rise of the consumer society. Again Member States' private law systems were confronted with the call for social justice. This time the response came from the 'regulatory' welfare state. Social justice in private law cannot be understood without its origins, first in labour, then in consumer law. Labour law became a subject of its own and emigrated from the private law system into a separate area of law. Its ideological flavour along with its conceptual ideas did not abstain from touching the growing consumer law field. For a complete understanding of the different patterns of social justice in national private law therefore we must look at both labour and consumer law.

The European Economic Community as construed in the 1950s was built on a clear separation of responsibilities between the EEC that was to establish the Common Market and the Member States that were to engage in social matters. However, the construction of the EEC changed considerably over time. Since the adoption of the Single European Act in 1986, the European Union has assumed a social outlook which has gradually developed over time eventually taking shape in the Lisbon Treaty and the Charter of Fundamental Rights. There is even an ongoing discussion on an existing or emerging European Social Model.³ What matters in our context are the particularities under which social issues found its way in the European Union.

Member States had developed their national labour laws long before the European Union turned into a political, economic and social actor. Therefore right from the beginning, European interest in gaining competence in social matters clashed with the settled interests in the Member States that tended to defend the already achieved status quo. The timid transfer of powers from the Member

States to the European Union over the last 25 years is largely due to these tensions. Where the European Union succeeded in gaining competence, not least due to globalisation pressure, the matters were either genuinely European in that they concerned transborder issues or the competence transfer was – often – instrumentalised by the Member States on the basis of 'modernising'⁴ their national welfare systems which had become unaffordable.

The situation in consumer law is different. Consumer law had not yet been settled in the Member States when the European Union assumed a leading role.⁵ For this reason, consumer law is of particular interest for analysing the different concepts of justice, i.e. that followed by the Member States on one hand and Europe on the other, which clashed already in the process of making and shaping consumer law. However, the European Union at the beginning of the debate introduced a third vein of development. Art. 119 EEC Treaty on equal pay of men and women, already enshrined in the Treaty of Rome, set the tone for the development of a European anti-discrimination law, which reaches far beyond existing national concepts of equal treatment, thereby steadily intruding into ever wider realms of labour and nowadays private law. This third domain has no precedence in the Member States' laws.

Since the adoption of the SEA, more particularly the White Paper on the Completion of the Internal Market,⁶ the European Union adopted a huge set of secondary law means which influence either directly (consumer, labour, anti-discrimination and business law directives) or indirectly (directives meant to liberalise markets, e.g. telecommunication, postal services, energy – electricity and gas, transport, health care) private law matters. This new regulatory private law is governed by a different philosophy, one which cannot be brought into line with the understanding of social justice as enshrined in labour or later the consumer movement and one which is challenging national models of social justice in private law.

I call the EU model of justice *access justice/Zugangsgerechtigkeit* (justice through access, not access to justice), i.e. that it is for the European

³ See F. RODL *Europäische Arbeitsverfassung* to be published in A. Bogdandy (ed.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, will also be published in English by the same editors in the course of the year; F. W. SCHARPF, *Crisis and Choice in European Social Democracy*, Ithaca, New York, 1991; N. COUNTOURIS, *European Social Law as an Autonomous Legal Discipline*, in P. Eeckhout and T. Tridimas (eds), *Yearbook of European Law*, 28, Oxford, 2009; B. HAAR and P. COPELAND, *What are the Future Prospects for the European Social Model?*, *European Law Journal*, 16 (3), 2010, p. 273-291.

⁴ B. EICHENGREEN, *The European Economy since 1945: Co-ordinated Capitalism and Beyond*, Princeton, 2007, NJF, pp. 335-341; S. WEATHERILL, *Competence and Legitimacy*, in C. Barnard and O. Odusu, *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford, 2009, p. 17, who stresses the potential of EU law to overcome nationalism and protectionism in Member States.

⁵ H.-W. MICKLITZ, *The Visible Hand of European Private Law*, in P. Eeckhout and T. Tridimas (eds), *Yearbook of European Law*, 29, 2010, p. 3-60.

⁶ *Completing the Internal Market. White Paper from the Commission to the European Council* (Milan, 28-29 June 1985), COM (85) 310 final, 14.6.1985.



Union to grant access justice to those who are excluded from the market or to those who face difficulties in making use of the market freedoms. European private law rules have to make sure that the weaker parties have and maintain access to the market – and to the European society insofar as this exists. *Access justice/Zugangsgerechtigkeit* is not to be equated with social justice and the meaning it has developed over the 19th and 20th century in nation states.

The European model of justice does not exclude a co-existence with differing national models of social justice. Where the European Union claims ultimate responsibility, technically speaking via exclusive competence as realised through the maximum harmonisation doctrine, where market integration prevails over social regulation, social justice re-emerges – as it has always been since Roman times in the *ius aequum*⁷ – in traditional fields of labour and consumer law via ‘front stage’ regulation, in the new fields of anti-discrimination law and in the private law that governs the liberalisation policy of regulated markets (energy, telecommunication, postal services, transport) via ‘back stage’ regulation.

The analysis is split into two parts – an investigation of the different models of social justice in a selected number of Member States in part II followed by an analysis of the emerging European model of access justice in part III. Part II serves a hermeneutic purpose in order to demonstrate the European way in dealing with matters of social justice. I start from the premise that the different models of social justice in France, Germany and England can only be understood by identifying the respective socio-economic and political background. These considerations serve as a bridge and a starting point for contrasting my findings with the ongoing development of what is ambitiously called the European Social model. I will reconstruct the evolutive character of the European legal order which gave way to the rise of ‘The Social’. The unbalanced legal order – economics prevail over ‘The Social’ – shaped the integration logic, facilitated the transformation of the national social welfare state and also yielded access justice but also led to the reappearance of ‘social justice’ in new forms. The final part is devoted to shaping *access justice/Zugangsgerechtigkeit* and seeking a balance between the different national concepts of social justice and the European model on *access justice/Zugangsgerechtigkeit*.

⁷ In the same direction, see G.-W. CALLIES and M. RENNER, *Between Law and Social Norms: The Evolution of Global Governance*, *Ratio Juris*, 22 (2), 2009, p. 260-280.

2. The Socio-Economic and Political Background of Social Justice (in Private Law) in France, Germany and England.

An investigation into the socio-economic and political background of social justice in private law cannot be conducted without a look into the past. Following *Berman*,⁸ the starting point of such an analysis should be the 11th/12th century, the conflict between the Catholic Church (the spiritual power) and the emperor (the temporal power) which culminated in the conflict between Pope Gregor VII and Emperor Henry IV over the independency of the church from temporal power. *Berman* argues that the separation of spiritual and temporal power did not only initiate early state building, first of the church and then the emperor, but also the scholastic school of law.⁹ The crusades requested by Gregor VII led inter alia to a much stronger exchange between the western world and the Eastern world and paved the way for the reinvigoration of the old Greek and Roman philosophy. One might equally argue that the starting point of my undertaking should be the discovery of America and the growing conflicts between the Spanish and the English empire. This would lead us to the 15th/16th century.

My approach however is more modest. In line with the emerging issue of social justice in the 19th century, I will limit my considerations to the last two centuries. My initial idea – perhaps this is due to the fact that I presented the first version of this paper at a conference which took place in Paris in January 2007 – was to investigate the interlink between constitution building and codification. Whilst such a starting point offers hopefully interesting perspectives in comparing France and Germany, it falls short in taking the United Kingdom into account. If anything, a parallel may be drawn between the French Revolution of the late 18th century and German state building of the 19th century on the one hand with the Civil war and the conflict between the English Crown and Oliver Cromwell in the 17th century on the other. This is roughly the period I proceed to investigate in attempting to explain where the different patterns of justice derive from.

A look into the past shall contribute to a deeper understanding of social justice in private law. I must therefore equally explain how I understand and use history. History as a science has long been dominated by social, cultural and economic history. In my context, such an approach would mean analysing the interplay of constitution building and codifi-

⁸ H. J. BERMAN, *Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition*, Frankfurt, 1991, p. 144 et seq.

⁹ H. J. BERMAN, *Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition*, Frankfurt, 1991, p. 146 and p. 215.



cation in the common law and the continental legal system. The mainstream approach in history, however, has changed. Today, research focuses on the reconstruction on consciousness and mentality.¹⁰ More and more, this is done in a comparative perspective, comparative history is therefore gaining ground.¹¹ This is also true with regard to legal theory. D. Kennedy¹² uses such an approach in his path-breaking analysis of the ‘Two (Three) Globalizations of Law and Legal Thought’ in the last two centuries.

In taking a general approach, we can assume that the French Constitution and the French Civil Code are 200 years old, the German Constitution is that of 1871 and the Civil Code approximately 100 to 150 years old and that the Declaration of Civil rights and the development of the common law preceded the two.

2.1. The English Model – A Liberal and Pragmatic Design Fit for Commercial Use.

On the surface, the challenge is that in English history there is no comparable event to the adoption of the Civil Code in France or in Germany. The civil war took place in the 17th century and led to major changes in society and in the parliamentary system. But, it neither yielded a constitution nor a coherent codified body of civil law, rather, it made way for the Declaration of the Bill of Rights in 1689. The French and the German legal systems, seen through the eyes of a common law lawyer (daring to suggest that this is possible for me, a civil law lawyer) share a relatively homogenous view on the role and function of social justice in society. They are united in the idea of universal values that infiltrate legal principles and concepts. This is exactly where common lawyers run into difficulties.

So the true difference between continental law and common law must be deeper and the reasons must date further back than the French revolution. We have to identify the break-even point from which the continental legal and the common law system diverged in following different paths. I will

tie my considerations to the clash between different philosophies, to the remaining influence of the *scholastic* in continental Europe and to its growing critique through *nominalism* in the UK. This was also around the time when the relative cultural unity of Europe broke into pieces.¹³ I think it is *empiricism* which is responsible for the deep differences between continental and common law legal systems. Empiricism paved the way for utilitarianism – and here we have the key to understanding the English reservations against the realisation of social justice through law.

2.1.1. English Pragmatism and Two Explanatory Hypotheses

My view on the English legal system is stamped by empirical research that was undertaken some ten years ago on the management of emergency situations with regard to unsafe consumer goods.¹⁴

We (the authors of the book) compared the handling of the emergency management of the very same accidents that occurred in France, Germany and the United Kingdom i.e. exploding office chairs in public buildings (due to a breakage-prone gas cylinders) and the so-called glycol wine accident. We analysed the law in the books and the law in action. Our findings can be summed up in the following way: The French engineers and lawyers in the country asked themselves what Paris was doing, the German administrators were seeking the appropriate rules and the English administrators asked where the problem was. As far as Germany is concerned, we found our findings confirmed in a recent empirical study on product safety management in the Baltic Economic Area.¹⁵

It is English *pragmatism* that is characteristic for the handling of the legal system. Two issues arise whenever one attempts to define the differences between the civil law and the common law: first, the use of case law in preference to legal principles; and, second, the use of purposive interpretation.¹⁶

¹⁰ See U. RAULFF (ed.) , *Mentalitätengeschichte. Zur historischen Rekonstruktion geistiger Prozesse*, Berlin, 1987; H. SCHULZE, *Mentalitätsgeschichte – Chancen und Risiken eines Paradigmas der französischen Geschichtswissenschaft*, in *Geschichte in Wissenschaft und Unterricht*, 36, 1985, p. 247-270.

¹¹ Since 1993, there exists a particular review which is devoted to this task: *European Review of History*.

¹² D. KENNEDY, *Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968*, *Suffolk University Law Review*, 36 (3), 2003, p. 631-679; ID., *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in ID., *The New Law and Economic Development*, Cambridge, 2006, p. 19.

¹³ H.J. BERMAN, *Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition*, Frankfurt, 1991, p.265.

¹⁴ H.-W. MICKLITZ, T. ROETHE and S. WEATHERILL (eds) *Federalism and Responsibility - A study on Product Safety Law and Practice in the European Community*, London, 1994.

¹⁵ H.-W. MICKLITZ and T. ROETHE, *ProdEnglandsicherheit und Marktüberwachung im Ostseeraum – Rechtsrahmen und Vollzugspraxis*, *VIEW Schriftenreihe*, 26, 2008.

¹⁶ Lord R. GOFF, *The Future of the Common Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, 46 (4), 1997, p. 745; B.S. MARKESINIS (1994), *Learning from Europe and Learning in Europe*, in ID. (ed.), *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century*, 1994, p. 1; T. KOOPMANS, *The Birth of European Law*



Civil law lawyers reason *downwards* from abstract principles embodied in a code, whereas common law lawyers reason *upwards* from the facts, moving gradually from case to case. Civil law lawyers search for the *Zweck im Recht*, the purpose and objective behind the legal ruling if the wording of the rule to be applied, its position in the broader framework of the code in which the rule is embedded or the history of the rule do not provide guidance. Common law lawyers view purposive interpretation as an alien element.¹⁷ Lord Goff sums up these differences as follows:¹⁸

“Continental lawyers love to proclaim some great principle, and then knock it into shape afterwards. Instead, the boring English want to find out first whether and, if so, how these great ideas are going to work in practice. This is not at all popular with the propagators of the great ideas.”

The careful reasoning of English judges is admirable, as is their focus on the wording of the rule in question, the elaboration of the meaning of the rule, and their careful explanation of the application of the rule to the particular facts of the case.¹⁹ It is this peculiarly British *pragmatism* in looking at where the problem lies and at how to find an answer in the case law and/or in the rules which is so startling to a civil law lawyer who is fixated on rules.²⁰ The quotation from Lord Goff may find its deeper origin in three strands, (1) common law was and is first and foremost commercial law²¹ as the English legal system was never easily accessible for the man in the streets. Ever since the costs to go to court were simply too high; (2) the practising lawyers, the QCs were selecting the judges. That is why judges benefited from a strong commercial legal background

and (3) judges play a much more dominant role in the common law system than in the civil law systems, both institutionally and individually.²² We can transfer this attitude easily to the issue of social justice. There is deep reservation against the existence of universal principles that enters into the common (commercial) law system from the outside, from politics or deeper from particular socio-philosophical ideas. With regard to potential differences in Europe, pragmatism is an extremely helpful tool in managing differences. Therefore, a particular English view would be to simply accept that there are different concepts in Europe. This, however, does not mean that these differences are spiritualised (*verinnerlicht*).

My hypothesis is that only by understanding English pragmatism can we comprehend English reservations against achieving social justice through law. In light of my argument that the differences between the continental legal system and the common law system can only be explained by the drifting apart of two major philosophical currents, rooted in the socio-economic environment of the respective centuries, I would like to point to two major events. This will not be possible without necessary simplifications:

Firstly the clash between the *scholastic* and *nominalism*. The crusades linked the Western world to the Arabic world, helped to establish the Italian cities (Venice) as world trade centres, and – this is our point – brought Arabic discourse on ancient Greek philosophers (*Aristotle* and *Platon*) to Europe. The fall of Constantinople enhanced the influence of the Greek language and Greek philosophers in the Western World. These ideas called into question not only main stream scholastic thinking (here being understood in the meaning of *Thomas von Aquin* – in particular his concept of universalism) but also the world concept of the church, according to which trade should play a limited role. The critique against the scholastic found its expression in the growing importance of *nominalism* in the C14th and C15th, in particular in England. *Nominalism* paved the way for English reservations against ‘grandes idées’ and big legal principles.

Secondly the rise of *empiricism* which is bound to the birth of the English trading state

at the Cross Roads of Legal Traditions, *The American Journal of Comparative Law*, 39 (3), 1991, p. 493.

¹⁷ See, *inter alia*, Judge Bingham in *Customs and Excise Commissioners v. ApS Samex* (1983) 1 All ER 1042, at 1056.

¹⁸ Lord R. GOFF, *The Future of the Common Law, International and Comparative Law Quarterly*, 46 (4), 1997, p. 745; see also R. GOODE, *Insularity or Leadership? The Role of the United Kingdom in the Harmonisation of Commercial Law, International and Comparative Law Quarterly*, 50 (4), 2001, p. 751, quoting Lord Wilberforce ‘The elegance, style and analytical powers of the British legal community have survived the decline of the British Empire intact.’

¹⁹ B.S. MARKESINIS (1994), *Learning from Europe and Learning in Europe*, in Id. (ed.), *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century*, 1994, p. 1.

²⁰ H.-W. MICKLITZ, T. ROETHE and S. WEATHERILL (eds) *Federalism and Responsibility - A study on Product Safety Law and Practice in the European Community*, London, 1994.

²¹ H. COLLINS, *Lord Hoffmann and the Common Law of Contract, European Review of Contract Law*, 5 (4), 2009, p. 474-484, demonstrates the influence of one single judge, Lord Hoffman, to hammer down and to defend the traditional concept of contract law in today’s time.

²² M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, Tübingen, 1980, p. 511; H. COLLINS, *Lord Hoffmann and the Common Law of Contract, European Review of Contract Law*, 5 (4), 2009, p. 474-484 and in particular the forceful critic of J. BENTHAM, *An introduction to the principles of morals and legislation*, Oxford, 1907, see under Part II, 1.1.3.



(Handelsstaat in the late C16th and early C17th).²³ In continental Europe the feudalistic society changed gradually into societies of cities and merchants. Trade (i.e. the economy) turned into a function and a task to be managed by the state – the mercantile system arose. Under Elisabeth I (1558-1603) England succeeded in breaking its dependency from the Hanseatic League with the help of the Merchant Adventurers who got royal support in establishing world wide operating trade companies.²⁴ Commercial law was needed to manage English trade internationally. The philosophical counterpart to the social and economic change may be seen in the development from *nominalism* (Ockham) to *empiricism* (Bacon) to *utilitarianism* (Hume, A. Smith, Bentham).

Both historical strings tied together shall justify my assumption that the continental European understanding of social justice in the meaning of distributive justice does not really comply with philosophical, historical, economic and legal structures in England or – to put it the other way round – that England has paved the way for a legal system which is deeply rooted in *nominalistic* and *utilitarian* thinking. In this way, the English way of viewing the role and function of law is much more economic (ökonomischer) in its basic assumptions as opposed to German Idealism (Kant, Fichte, Hegel, Schelling) or French Rationalism (Descartes, Pascal, Voltaire, Rousseau). It is a ‘shorter way’ from ‘utility’ to economic efficiency and economic effectiveness than from duty, understanding reason, will or spirit (Pflicht, Vernunft, Wille, Verstand, Geist). It can be much more easily adapted to European ‘integration through law’, where judges and the judicial system are given a major role to play.²⁵

²³ E. SCHULIN, *Handelsstaat England. Das politische Interesse der Nation im Außenhandel vom 16. bis ins frühe 18. Jahrhundert*, 1969, reprinted in *The American Historical Review* (1975), 80 (1), p.107.

²⁴ See L. JAMES, *The Rise and the Fall of the British Empire*, London, 1994.

²⁵ No research has been undertaken as to whether there is a link between the adherence of the UK to the EU and the deepening of European integration via case-law. Whilst the building blocks van *Gend en Loos* as well as *Costa Enel* had been decided before the UK joined the EU, the ground breaking judgment *Dassonville* and *Cassis de Dijon* which paved the way for the development of the Internal Market were taken with participation of UK judges. Today’s pattern of integration might have changed. C. Joerges, even speaks of ‘integration without law’ referring to the dominance of politics and the influential role of ‘governance’.

2.1.2. The Gradual Intrusion of Social Justice into Labour and Consumer Law

There was no big bang in the English society which led to the development of social justice motivated legal regimes. The transformation from a feudalistic and corporative society to an open democracy occurred step by step. The Civil War certainly constituted a break even point, but the transformation process was very much guided by conflicts between the nobles on the one hand and the merchants on the other who wanted to have their say in the political arena. The rise of the labour movement, in legal theoretical language the rise of the ‘Social’²⁶, in the UK is bound to its transformation from a trading state to an industrial state at the beginning of the 19th century, a few decades earlier than in continental Europe. The decline of feudalistic structures and the rise of individualistic, social and moral philosophy provided scope within which the labour movement could grow.

*Thilo Ramm*²⁷ in his analysis of the new ordering of labour law in the C19th and C20th distinguishes two principles, self-help and state-help. Self-help was the basis of trade unions and strikes. This was close to the dominating liberal understanding of the free play of market forces. The system of self-help replaced the notion of individual *laissez faire* with *collective laissez faire*. Self-help and collective *laissez faire* was a noble circumscription for a period of fight and conflict which led to compromises at both ends, between the trade unions and the trade associations and between the different political forces in Parliament. If Parliament took action it did so in response to concrete problems via isolated statutes and ad hoc political decisions. This is the particular British way of dealing with matters of justice.

The collective *laissez faire* system and together with unemployment insurance legislation set up a stable system that lasted until the 1960s. If any, the short period under the (old) Labour government in the 1960s could be seen as the unique time in which statutory policy was used as a means to strengthen social institutions and law as a means of distributive justice in labour law. Both elements, self-help through trade unions and *regulatory* welfare state-help did not survive *Thatcherism*.

²⁶ D. KENNEDY, *Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968*, *Suffolk University Law Review*, 36 (3), 2003, p. 631-679; ID., *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in, ID. *The New Law and Economic Development*, Cambridge, 2006, p. 19.

²⁷ Th. RAMM, ‘Epilogue: The New Ordering of Labour Law’, in B. Hepple (ed.) *The Making of Labour Law in Europe. A comparative Study of Nine Countries up to 1945*, London, 1986, p. 277.



The story of consumer law is a relatively young one. The debate started in 1960 with the *Molony Report*, which was requested by the labour government. It identified numerous deficiencies and injustices that were affecting individuals which were the basis of subsequent changes in the law. However, it took until 1973 before consumer policy as a political issue was widely accepted across the political parties.²⁸ The UK met the usual prejudices in that it did not formulate a comprehensive consumer policy program, like France or Germany, but rather reacted in a pragmatic-problem bound political way. In the field of private law, three major reforms took place in about four years, the Amendment of the Supply of Goods Act 1973, the adoption of the Consumer Credit Act in 1974 and the Unfair Contract Terms Act in 1977. All interventions created mandatory contract law, fully in line with main stream thinking of using consumer law as a regulatory tool to limit contractual freedom.

However, there are differences between the continental approach on the one hand and the English approach on the other. The Unfair Contract Terms Act in essence prohibits exclusion clauses and does not subject contracts between business and consumers to a general fairness test, just as Germany and some years later France, which would have given judges the power to individually assess fairness in consumer contracts. The UK approach on consumer credit is less determined by a protective outlook than by guaranteeing a workable and feasible capital market. It combines private law and public law means. In Germany, consumer credit is certainly one of the areas where not so much the legislator but rather the courts play a predominant role in the protection of the weaker party. The famous intervention of the German Constitutional Court into collateral guarantees between the bank and the debtor's daughter raised much concern even outside Germany.²⁹ There is no counterpart in the case law of the House of Lords (now Supreme Court). Most recently the Supreme Court made clear that there is no need and no justification under English law – even if it is implemented EU law – to introduce a protective design into consumer contracts.³⁰

²⁸ See M. WHINCUP., *Consumer Legislation in the United Kingdom and the Republic of Ireland*, New York, 1980, p.6.

²⁹ M.R. MARELLA, *The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe*, *European Review of Contract Law*, 2 (2), 2006, p. 264, in particular under reference to G. TEUBNER, *Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgerschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1999-2000, pp. 83 and 388.

³⁰ Judgment, 25.11.2009, *Office of Fair Trading (Respondents) v. Abbey National plc & Others (Appellants)*, Michaelmas Term (2009) UKSC 6 on appeal from (2009) EWCA Civ 116.

Neither the *Thatcher* government in the 1970s and 1980s nor the new Labour government of *Blair* in the 1990s or in the beginning of this century brought about substantial changes in consumer law, with one exception:³¹ the liberalisation and privatisation of former state incumbents in the field of telecommunication, energy and transport. Former customers were turned into market citizens rather than take-care consumers who freed from self-responsibility. The return to the market as the dominating power, self-help instead of statutory regulation, has a long standing history in the UK. Liberalisation and privatisation of former state monopolies can easily be connected to *utilitarian* thinking.³² In this way, the UK preceded and strongly influenced development in the EU.³³

2.2. The French Model – A Forward Looking Political Design of a (Just) Society

France has a particular standing in the legal and theoretical discourse on the interrelationship between constitution building, private legal order making and matters of justice. It results from the French revolution the results of which are still today stamping our understanding of ‘a’ constitution and ‘a’ civil code. The key events in France took place in the space of two decades, contrary to England where no such clear cut events, at least not with regard to constitution building and private legal order making, can be fixed. The Revolution led to a break³⁴ with feudalistic structures and instituted a bourgeois society governed by individual freedom and equality of rights that became even more visible in the Code Civil and in the French Constitution.³⁵ I start from two premises:

Firstly, the vision of the French revolution which was proclaimed in the Declaration of Human Rights, pinned down in a Constitution and later codified in the Civil Code has deeper social, cul-

³¹ G. HOWELLS and S. WEATHERILL, *Consumer Protection Law*, England, 2005, p. 78.

³² G. HOWELLS and S. WEATHERILL, *Consumer Protection Law*, England, 2005, p. 78, underline the influence of v. Hayek in the way in which the England administered the privatisation process under the Thatcher regime.

³³ J. KEBLLER and H.-W. MICKLITZ, *Kundenschutz auf den liberalisierten Märkten – Vergleich der Konzepte, Maßnahmen und Wirkungen in Europa – Personenverkehr/Eisenbahn*, in *VIEW Schriftenreihe*, Band 24, 2008; J. KEBLLER and H.-W. MICKLITZ, *Kundenschutz auf den liberalisierten Märkten – Vergleich der Konzepte, Maßnahmen und Wirkungen in Europa – Telekommunikation*, *VIEW Schriftenreihe*, Band 25, 2008.

³⁴ H. ARENDT, *On Revolution*, London, 1963.

³⁵ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, p. 343.





tural, economic and intellectual roots. I will argue that today's conception of social justice in France can best be understood as a political forward looking concept. This goes back to French Rationalism and *Descartes*.

| 80 *Secondly*, French society may be characterised by the tension between, on the one hand, intellectual projects guided by the 'grandes idées' (what is right is useful) – the French Constitution and the French Code – which strengthen the power of the executive to the detriment of the power of the judiciary, and on the other hand, the highly politicised bottom-up resistance against an excessively far reaching executive power. The fight over 'the Social' demonstrates that social justice is a highly politicised matter throughout in society, subject to conflict, support or rejection.

2.2.1. The Political Conception – A Tentative Explanation

Just like in England, the turning intellectual point can be attributed to the fading influence of scholastic thinking. It deliberated the spirit from methodological scholastic constraints and paved the way for a particular French rational method in philosophy. The founding father was certainly *Montaigne* (1533-1592). His epistemology went along with the *Zeitgeist* of the 16th century and the then radical scepticism 'what do I know'. His major contributions led to the final discredit of the then existing knowledge as a result of a fully-fledged scepticism and an attempt to find a generally binding moral and social peace. *Montaigne* set long lasting incentives for critical reflection of all existing knowledge and values, what has been later named 'Enlightenment'.

Looking back, the 16th century may be regarded as a transitional period in which the old scholastic forms of thought were overcome, but where a new method to investigate the 'truth' and the concept of the truth was not yet developed. This was left to the 17th century. *Descartes* began with his *Discours de la Méthode*. He claimed that a particular method to acquire the truth is needed, which then allows to solve all philosophical questions. For *Descartes* 'what is true is useful' and not 'what is useful is true' like in utilitarianism. This is the key to understanding the particular French political conception. *Descartes*' philosophy results in the priority of theory over practice which is the basic thesis of French intellectualism. The *Cartesianism* heavily influenced political life and the emergence of the absolute monarchy of Louis XIV. The fall of the abso-

lute monarchy goes hand in hand with the rising criticism of *Descartes*' philosophy – through *Voltaire* and *Rousseau*. What matters in our context is the critique of *Locke* and *Hume* against *Descartes*' notion that man has natural ideas. *Condillac* and *Helvetius* instead argued based on psychological *empiricism* that men are equal from time of birth. This concept constituted the scientific basis for the French revolutionary ideas.

The innovative and creative potential of French philosophy in the 17th century becomes clear when we look to the setting of new incentives in social philosophy and in the perception of the moral. They overcome the Cartesian metaphysic – revelation of natural laws through God, responsibility before God, reception of power of the sovereign from God – which might be largely due to moral decline. Moral standards should be defined by themselves. The different strains – *Rousseau* on the one hand and a more *utilitarian* vision inspired by English philosophers on the other – are united in the attempt to found a moral removed from theological and metaphysical requirements. This is the core of French laicity.

2.2.2. Politicising Private Law as Social Law

Just like in England, the development of labour law is bound to the growing role of the labour movement, the establishment of trade unions and the rise of the *protective* welfare state. This does not mean that self-help and state-help took similar forms. The trade unions in France are much closer to the different political parties. Although somewhat exaggerated, one may assume that each party may be associated with a particular trade union and vice versa. That is why social conflicts between workers and employers bear a political dimension that cuts across different parties, on each side of the poles. The French state on the other hand is much more the *protective* welfare state in the German sense which understands or which has learned to understand under the constant and highly politicised pressure of the labour movement that it has to take workers' interests systematically into account.

From a French perspective the notion of labour law does not make much sense. It is much more correct to speak of 'droit social' which enshrines employment law and social security. Like in Germany 'droit social' developed outside the civil law system and roughly at the same time.³⁶ The gov-

³⁶ H.-G. HAUPT, *Sozialpolitik und ihre gesellschaftlichen Grenzen in Frankreich vor 1914, Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte*, 1995, p. 171.

ernments of the 'belle époque' adopted three major laws, insurance against accidents at work in 1898, the ban on Sunday trading in 1906 and the social insurance system (pension and invalidity) in 1910. The French social laws and the French lawyers contributed substantially to the rise of 'droit social' in Europe and beyond, in particular after the First World War. The intellectual spirit of 'The Social' in the late C19th and early C20th is grounded in the path breaking philosophical work undertaken during the decline of the French absolute monarchy, with its focus on 'moral' philosophy.³⁷

Consumer law is a product of the consumer society, i.e. of the *market* society. Two particularities deserve to be mentioned. In the UK and in Germany consumer policy arose as a statutory policy, but in France the politicisation of consumer law is closely intertwined with the role and function of trade unions and other societal players in the public domain. When consumer policy reached the political agenda, the different trade unions entered the field and integrated the voice of consumers into their overall policy at least to some extent. The second particularity is demonstrated by the close links between labour and consumption may be demonstrated by returning to the roots of French consumer law and in demonstrating the resemblance between the two constitutive elements of labour and consumer law which point to the French Revolution.

The system of statutory price control, which was forgone in the late seventies of the 20th century under pressure from the EU, had created strong and stable ties between the public and the private sphere, which found their expression in the way in which price fixing was used to introduce consumer protection issues. Opening up the market for consumer products, i.e. allowing the market to fix the price, meant that France had to set up a consumer policy which should accompany market liberalisation. Therefore, consumer policy in France has always been and still is highly politicised. It is exposed to strong political variations according to the political party which holds the power and is closely related to social trends, as promoted by trade unions.

In Europe France took a leading role in the field of consumer information and consumer contract law. It fits well then that the French Government, more particularly the Minister of Economics, undertook a major effort in the early eighties to set a benchmark for the future of consumer law in Europe. The Commission de la Refonte, established by

the Government and headed by *Jean Calais-Auloy*, intended to develop a coherent body of rules that would stand side-by-side with the Code Civil.³⁸ This ambitious project, which would have given France a leading role in consumer law, failed for various reasons, not least because of the growing importance of European consumer law. However, the project was originally designed as a forward looking project reaching beyond the elaboration of technical rules stressing a rather political message, the one of the role and function of consumers as citizens in a market society. The drafters even intended to transpose the model of declaring collective agreements generally applicable to standard contract conditions.³⁹

The decline of French consumer law as a forward looking design for the future is obvious. The EU project on a European Code on Civil Law endangers, from a French understanding, the unique role the Code Civil enjoys in the civil law countries. This might explain the sometimes nationalistic reactions against the European project and the project 'Catalan'⁴⁰ which is meant to bring intellectual leadership back to France. Even the European Commission had to consider the 'particular' position of France and the French Civil Code in the European codification project. The 'terminology group', composed partly of the French academic Group constituted by the Société de Législation Comparée and the Association Henri Capitant des Amis de La Culture Juridique Française⁴¹, had to somewhat compensate for the German-Dutch-English-Polish dominated Study and Acquis Group.

3.3. The German Model – An Authoritarian Paternalistic-Ideological though Market Orientated Design

The German Civil Code entered into force on the 1st January 1900. So the German Civil Code is a hundred years younger than the French Civil Code. In the aftermath of the Vienna Congress, the scattered German regions (kingdoms, counties (earl-

³⁸ *Proposition pour un nouveau droit de la consommation*, rapport de la commission de la refonte du droit de la consommation au secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie, des Finances et du Budget chargé du Budget et de la Consommation, 1985.

³⁹ J. CALAIS-AULOY, *Collectively Negotiated Agreements: Proposed Reforms in France*, in *Journal of Consumer Policy*, 7 (2), 1984, p. 115-123.

⁴⁰ J. CARTWRIGHT and S. VOGENAUER (eds), *Reforming the French Law of Obligations*, Oxford, 2009.

⁴¹ B. FAUVARQUE-COSSON and D. MAZEAUD (eds.) *European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Munich, 2008.

³⁷ D. KENNEDY, *Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968*, in *Suffolk University Law Review*, 36 (3), 2003, 649.



doms), regions) failed to unite in a German state, united by its own constitution. It took until 1871 before Germany managed, under the regime of the Prussian king/emperor and his chancellor Bismarck, to adopt a constitution. I will build my arguments around two major guiding assumptions:

82 *Firstly*, there is a direct line from *Kant* to *Savigny* to the formal rationality of the private law system (*Weber*) which serves the execution of capitalist society. The *Kantian* philosophy inspired *Savigny* in the foundation of the so-called ‘Historische Schule,’ which gained dominating influence during the 19th century and which is still influential today. It has created a particular way of thinking which favoured the rejection of all social policy issues into the ‘pure’ private law system. Social issues were outsourced to special private law legislation outside the BGB.

Secondly, there is the link between *Hegel*, *Thibaut*, German idealism, and legal naturalism, as expressed in *Jhering*, *Ehrlich*, *Weber*, *Kantorowicz*, where the national ideals were tied to social ideals of a society and a nation. Such a vision can hardly be connected to an authoritarian state that accepts the responsibility for guaranteeing protection in order to exclude political participation. The German version of legal naturalism favours an instrumental use of the legal system for matters of justice.

3.3.1. Ideological Paternalism and Market Pragmatism

The late adoption of the constitution is mirrored in the equally late adoption of the German Civil Code. It is still worth studying the intellectual quarrel of the two German law professors, *Thibaut* and *Savigny* over the value of a codified German Civil Code, *Thibaut* fighting in Heidelberg enthusiastically – inspired by German Idealism and ‘les grandes idées’ of the French revolution – for a genuine German Code, *Savigny* fighting brilliantly (but not enthusiastically) for the maintenance of the old Roman law.⁴²

Savigny is the founding father of the German Historische Schule, which argues that law shall and cannot be derived from the ‘nature’ or ‘reason’ of the human being (Natur und Vernunft). Quite to the contrary law should and must be understood as a historical product of the spirit of the people (Volksgeist). The task of the lawyer is *not* to constitute a meaningful legal order for human beings, but to col-

lect and systemise the legal material produced by the spirit of the people. That is why it is called in a somewhat misleading way ‘Historische Schule’. History appears rather static. Law in this sense is *kantesian* formal (kantisch-formal), not inspired by ‘nature’ and ‘reason’ (Natur und Vernunft) as *Hegel* claimed. *Savigny* wanted to become the ‘*Kant*’ of the legal system (der *Kant* der Rechtswissenschaft). The ideals of *Thibaut* were reflected in *Hegel*’s philosophy who paved the way for studying history, its development and its dynamics of the development.⁴³ The raising legal naturalism (*Jhering*) contributed to a better understanding of the historical and present reality of legal orders. Most of the legal auxiliary sciences (rechtliche Hilfswissenschaften) such as criminology, Rechtstatsachenforschung (research on legal facts) as well as legal sociology (Rechtssoziologie – *Eugen Ehrlich* and *Max Weber*) have their origin in legal naturalism as well as the Freirechtsschule.⁴⁴ The dark side of legal naturalism, which is the standard formula, results from its strong believe in deducing from historical and present reality repercussions on the perfect model of justice which has to be achieved by a politically guided law that is supposed to achieve a particular social purpose. The tension between pragmatic market based legislation in the formal sense and the strong strive for social ideas is characteristic for the German political and legal system.

Law making in the Germany of the early 19th century was understood as an *academic* exercise, quite contrary to the *democratic* discussion that surrounded the adoption and distribution of the French Civil Code. The *Thibaut/Savigny* conflict, the conflict between two leading professors, led to the instauration of the two law commissions again composed of professors which finally paved the way for the adoption of the German Civil Code, some fifty years later. The leading role of academics in Germany is certainly associated with the *political* – democratic – vacuum that resulted from the failed attempt in 1848 to establish a German nation.

3.3.2. Authoritarian Liberalism and the Rise of Labour Law and Consumer Law

Social justice issues did not made their way into the German Civil Code. The political – statutory – response to distortions of the industrial revolution, the expropriation of the labour force and its disastrous effects to health and safety resulted in the es-

⁴² A.F.J. THIBAUT and F.C. v. SAVIGNY, *Ihre programmatischen Schriften, mit einer Einführung von Hans Hattenhauer*, München, 2002.

⁴³ H-P. SCHWINTOWSKI, *Recht und Gerechtigkeit. Eine Einführung in Grundfragen des Rechts*, I, Berlin, 1996, p. 35.

⁴⁴ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, p. 570.

establishment of a dense social security system, adopted in the last decade of the 19th century. Between 1881 and 1889, the German Reichstag adopted the law on health insurance (1881), accident insurance (1883) and invalidity insurance (1889). In 1891 the introduction of the pension funds followed. These protective welfare activities had equally to compensate for the exclusion of the fourth class (the workers) from political power by the Sozialistengesetze. The explicit objective was to undermine the rise of the labour movement. The only way for workers to organise themselves was to unite in education circles, the so-called Arbeiterbildungsvereine. They constituted the nucleus for the organisation of the labour force after the collapse of the second German empire with the end of the First World War. The Republic of Weimar did not only bring a new democratic constitution, it also gave way to major legislative acts which enforced the labour movement, from 1922 on work councils (Betriebsräte) which granted workers rights to participate in the decision-making of companies. Already in 1915 *Hugo Sinzheimer* had forcefully advocated for the introduction of legislative means to declare collectively negotiated tariffs generally applicable. The project, however, was only realised in 1949. This time lag is characteristic for the delayed transposition of intellectual concepts into legal means. The Weimar Republic provided a fertile ground for ideas and concepts to give the economy a more democratic outlook (*Naphtali*). However, these ideas and concepts were only realised in the 1970s when Germany elected the first government in which the social democrats won the majority in the elections and adopted, in 1976, the law on code-termination (Mitbestimmungsgesetz).⁴⁵

The rise of consumer law brought the discussion between the two academic camps back to the fore (Professoren-Modell⁴⁶), a discussion which could only take place in Germany, as only German academics still hold a strong tradition in what constitutes in essence a political debate that becomes a legal debate. The question behind the question was whether the regulatory spirit of the old German Civil Code should be amended so as to integrate the missing social(ist) oil, not labour law but consumer

law, into the German Civil Code – which had grown to a separate field of law outside the German Civil Code. The legal-political response to the consumer society which grew and grew in the aftermath of the Second World War remained timid and half-hearted. In an amazing historical continuity, consumer law grew outside the Civil Code in the form of special laws and regulations (Sonderregelungen = Sonderprivatrecht), commented and documented by the critical academia.

Since 2002, consumer law provisions form part of the German Civil Code. This time, however, – some voices set aside⁴⁷ – there was no outcry in the academia, although the integration of the consumer contract law rules challenge the system and the coherence of the German Civil Code. In the shadow of the so-called modernisation of German contract law (Schuldrechts-Modernisierungsgesetz), the executive, i.e. the Ministry of Justice, smuggled the bulk of consumer contract law rules into the German Civil Code. The much more political dimension, the merging of technical, formalistic civil law (*Savigny*) and value loaded consumer law (*v. Gierke*), however, did neither attract public nor much academic awareness. The integration of consumer law into the German Civil Code has been performed as a technical bureaucratic exercise. Till today, academia largely ignores possible long term effects of the materialisation of private law through mandatory contract law rules and its Europeanisation through the integration of harmonised consumer contract law rules on the traditional body of consumer law. The old camps in civil law are still alive but their use of aggressive language and rhetoric has become subdued.

4. The European Integration Process and the European Model of Justice

My hypothesis is that in the ECJ jargon, the ‘European legal order’ and the ‘European constitutional charter’⁴⁸ has yielded, over the last fifty years, a *genuine* model of justice, which I term *access justice* (*Zugangsgerechtigkeit*) which differs from national concepts of *social justice*. This also

⁴⁵ G. BRÜGGEMEIER, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, Band 1: *Von der Gründerzeit zur Weimarer Republik*, Frankfurt, 1977; ID., Band 2: *Vom Faschismus bis zur Gegenwart*, Frankfurt, 1979.

⁴⁶ R. ZIMMERMANN, *Consumer Contract Law and General Contract Law: The German Experience*, in *Legal Current Problems*, 58, 2005, p. 415-489; H. SCHEPEL, *The European Brotherhood of Lawyers: The Reinvention of Legal Science in the Making of European Private Law*, in *Law and Social Inquiry*, 32 (1), 2007, 183-199; R.M. KIESOW, *Rechtswissenschaft – was ist das?*, in *JuristenZeitung*, 2010, 586.

⁴⁷ K. ADOMEIT and H. MARCUSE, *der Verbraucherschutz und das BGB*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 579, 2004, p. 827-838; K. ADOMEIT, *Die gestörte Vertragsparität – ein Trugbild*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, p. 2467; W. FLUME, *Vom Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1994, p. 1727.

⁴⁸ N. WALKER, *Big ‘C’ or Small ‘c’?*, in *European Law Journal*, 12 (1), 2006, p. 12-14.



means that the EU is not coalescing with the Member States' models of justice.⁴⁹

4.1. The Evolutionary Character of the European Legal Order and the Rise of 'The Social'

| 84

Since the late nineties there are two issues that have dominated the European legal discourse,⁵⁰ the development of a European Constitution and the making of a European Civil Code. If both the Constitution and the Civil Code were to be realised they would bring the European Union much nearer to the concept of a nation state as developed in the 17th century.

At a first albeit superficial glance, the historical similarities between state building and code-making in France at the end of the 18th beginning of the 19th century and the current debate on Europe's future are striking. These similarities have, however, neither been seen nor been subject to debate at either political or legal theoretical level. In fact, both grand projects are strongly interconnected via questions of their feasibility, of the degree to which they take into account 'The Social', via the shaky legitimacy of the founding fathers – the European Convention and the Acquis/Study Group, – via the unclear mandates/competencies of the drafters, via the particular character of a European Constitution and a European Civil Code in contrast to national constitutions and civil codes, via the ambitious though somewhat misleading use of the word 'constitution' and 'Civil Code' and in sum via ideological preconceptions.⁵¹

In the meanwhile both projects, the grand constitutional project and the grand civil law project, 'failed'. Maybe one reason can be found in the blatant neglect of the inner links between the two projects, in particular the link between a Social Model that could and should guide the debate over a European constitution and the development of a new

⁴⁹ It might be particularly interesting to discuss whether and to what extent it was possible for the EU – and not for the Member States – to realise the principle of equal treatment in family law and later in private law per se, see D. KENNEDY, *Two Globalizations of Law & Legal Thought: 1850-1968*, *Suffolk University Law Review*, 36 (3), 2003, 631-679, where he points out that the continental European countries as well as common law countries were unable to realise equal treatment in family matters during the peak time of 'The Social'.

⁵⁰ For an account of the theoretical strains in the debate, N. WALKER, *Legal Theory and the European Union: A 25th Anniversary Essay*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 25 (4), 2006, p. 581-601.

⁵¹ H.-W. MICKLITZ and F. CAFAGGI (eds), *The European Private Law after the Common Frame of References*, Cheltenham, 2010.

European private legal order that bears a social outlook. Such an undertaking would have entailed the need to discuss, in the respective democratic fora, matters of justice at the European level. Both grand projects have been guided by a similar philosophy, i.e. that European integration is regarded very much like a technical process concerned with the development of correct rules that contribute to the furtherance of market integration rather than a controversy over social political aims and perspectives.⁵² This does not mean that the grand projects do not deal with 'justice' or do not enshrine a particular model of justice, but such a model remains hidden either behind or amidst technicalities or 'grand words' without any specification or meaning.⁵³

The material substance of the European Constitution was 'saved' in the Lisbon Treaty. The European Civil Code project led to intensive academic debates and the production of the Acquis Principles⁵⁴ and the Draft Common Frame of Reference.⁵⁵ The latter comes near to a fully-fledged European Civil Code in its form as an 'academic exercise',⁵⁶ without, however, political support from the European Council and the European Parliament.⁵⁷ Whether the DCFR will be 'saved' as a political project remains to be seen. However, the newly appointed European Commission has now taken a political initiative in order to translate the 'academic Draft Common Frame of References' into a political draft. The collaboration between the European Commission and the European Academia resembles, in an ominous way, the German Professorenmodell where the academia co-operate with an au-

⁵² See for an early critique of the technical a-political character of the codification project of the European Commission in Social Justice Study Group, *Social Justice in European Contract Law: A Manifesto*, in *European Law Journal*, 10 (6), 2004, p. 653-674 and on the outcome of the project see M.W. HESSELINK, *CFR & social justice: a short study for the European Parliament on the values underlying the draft common frame of reference for European private law: what roles for fairness and social justice?*, in *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/04*, who gives a relatively positive account of the degree to which social justice has been taken into account.

⁵³ See Art. 2 of the Lisbon Treaty where 'justice' as one of the EU values is listed.

⁵⁴ 2007.

⁵⁵ Outline edition, 2009.

⁵⁶ I do not regard the production of the DCFR as a mere academic exercise as the drafters were actually working as legislators with a political mandate in mind.

⁵⁷ See in so far, M.W. HESSELINK, *CFR & social justice: a short study for the European Parliament on the values underlying the draft common frame of reference for European private law: what roles for fairness and social justice?*, in *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/04*.



thoritarian executive, overstepping a weak parliament.⁵⁸

What remains out of the similarities between 19th century France and 21st century Europe, however, are insights on the differences between national and European constitution building and national and European civil law code making. The lesson to be learned is that the European legal order should be understood as a legal system and a polity under constant and ongoing construction. The *evolutionary* character is characteristic for the European legal order. ‘The Social’ has been gradually established over the last 50 years. Just like at the Member States’ level, ‘The Social’ means first of all labour law and social security. It is an open secret that this domain still remains rather underdeveloped. Consumer law, quite to the contrary, is a field in which the European Union has been setting incentives for the last 25 years. Anti-discrimination law might serve as a bridge between the two. It connects labour law and consumer law as it cuts across the various parts of the economy and the society. Anti-discrimination law is about to become the identity mark of the European Union.⁵⁹ This conglomerate of rules is going to yield a genuine European model of justice. Such a model of European justice, and I start from the premise that there is one, has to be dug out of the wedge of EU rules which are enshrined in these three areas and brought to the limelight not only of the academic debate.

4.2. The Impact of the European Integration Process on Labour and Anti-Discrimination Law

4.2.1. Labour Law and Anti-Discrimination Law

The development of the substantive EU labour law may be broken down to three major trends. The Rome Treaty introduced, under pressure from France, Art. 119 (Art. 141, Art. 157 TFEU) on equal payment of men and women. A most active court and a responsive EU legislator backed by a number of Treaty amendments in particular via the Treaty of Amsterdam took an active stand. Art. 13 (Art. 19 TFEU) and Art. 141 (3) (Art. 157 TFEU) transformed the rules on the equal payment principle into a general principle of anti-discrimination via Treaty amendments and secondary Community

law. Its role, function and reach in private law are subject to a controversial debate.⁶⁰ The second relatively stable and coherent field where the EU holds competence since the introduction of Art. 118 a) (Art. 137, Art. 153 TFEU) into the Single European Act, is health and safety at work. Here too, the EU has demonstrated considerable law-making activity. The third area is rather broad and covers a whole range of legal issues, demonstrating that despite all the impressive activities of the EU, labour law remains rather pointillistic till today. The OMC may be regarded as a separate trend or branch of EU labour law. It has, however, not really changed the sketchy picture of EU labour law despite all the activities which have been taken under the new regime.

All three strains of development are united in one perspective, they demonstrate how much the EU is focussed on opening up markets for workers, on fighting against discrimination in access requirements, in short, granting *access justice/Zugangsgerechtigkeit*, thereby leaving the social welfare ‘after care’ to the responsible Member States. Three phases can be identified: co-ordination of national laws and policies, European legislative activism and European hegemony, which allow for structuring the potential impact of the rise of ‘The Social’ at the EU level concerning matters of social justice.

Co-ordination: Art. 119/Art. 141, today Art. 157 TFEU did not provide for legislative competences in its initial form. This article constituted the battlefield of litigation between workers and employers, an area which the ECJ infiltrated via the preliminary reference procedure.⁶¹ On the basis of Art. 100 (Art. 94, today Art. 103 TFEU), the EEC as it then was, unanimously adopted six directives which can be grouped into three topics: (1) Directive 75/117 on equal pay and Directive 76/207 (today Directive 2002/73) on access to employment, both strongly connected to the principle of equal pay under Art. 119; (2) Directive 75/129 on collective redundancies (amended via Directives 92/56 and 98/59) and Directive 80/987 on insolvency protection (amended by Directive 2008/94) and (3) Directive 77/187 on transfer of rights and Directive 91/533⁶²

⁶⁰ Critical F.J. SÄCKER, *Vertragsfreiheit und Schutz vor Diskriminierung*, ZEuP, Iff. and Basedow, J. (2008), ‘Grundsatz der Nichtdiskriminierung’, in ZEuP, 2006, 230-251; supportive, A.S. VANDENBERGHE, *The Economics of the Non-Discrimination Principle in General Contract Law*, *European Review of Contract Law*, 3 (4), 2007, p. 420.

⁶¹ H.-W. MICKLITZ, *The Politics of Judicial Co-operation in the EU – the Case of Sunday trading, Equal Treatment and Good Faith*, New York, 2005, p. 166.

⁶² Directive 91/533, though adopted years after Directive 90/987 is still based on Art. 100 and what is even more im-

⁵⁸ H. SCHEPEL, *The European Brotherhood of Lawyers: The Reinvention of Legal Science in the Making of European Private Law*, in *Law and Social Inquiry*, 32 (1), 2007, 183-199.

⁵⁹ In this direction see, R. MÜNCH, *Die Konstruktion der europäischen Gesellschaft: zur Dialektik von transnationaler Integration und nationaler Desintegration*, Frankfurt/Main, 2008.

on information of worker rights. The two Directives 75/117 and 76/207 deserve particular attention here since the ECJ developed ground rules for the judicial protection of individually enforceable rights⁶³ that were transferred from the field of equal pay and access to employment into all other fields of European law where the enforceability of subjective rights were at stake.⁶⁴ Without enforceable individual rights, access justice would have remained law in the books.

Legislative activism: Despite limited competences, the European Commission pushed for the adoption of a series of Directives, thereby taking control of at least one of the central issues of labour policy via minimum standards: the framework Directive 89/391 health and safety of workers, Directive 92/85 on the protection of pregnant women at work, Directive 93/104 on working time (amended by Directive 2003/88) and Directive 94/33 on the protection of young people at work. The addressee of the EU legislation is the particularly vulnerable worker, those exposed to dangerous working conditions, pregnant women and young people. Again, an abundant series of ECJ judgments could be reported where an active court stretched the boundaries of the scope of application of harmonised EU rules and strengthened individual rights to fighting for access. Maastricht brought the EMU but also new competences in the field of social policy with binding effects only for the remaining 11 Member States. This constitutional deficit was remedied in Amsterdam and paved the way for the UK to take over the set of four Directives adopted between 1994 and 1997. Art. 2 (2) of the Protocol led to the adoption of Directive 94/45 on the working council (as amended by Directive 2009/38) and Directive 97/80 on burden of proof (the latter was repealed by Directive 2006/54). Art. 4 (2) of the Protocol allowed for the introduction of Directive 96/34 on parental leave and 97/81 on part-time workers. The latter two are meant to strike down particular modes of discrimination. In *Laval* the ECJ interpreted the posting workers Directive 96/71 as *de facto* and *de jure* laying down fully harmonised standards for the benefits of workers from the new Member States, thereby breaking down the barriers to the labour markets in the old Member States.⁶⁵

portant, it is guided by the same spirit as the previous five directives adopted between 1975 and 1980.

⁶³ MICKLITZ, H.-W. (2005), *The Politics of Judicial Cooperation in the EU – the Case of Sunday trading, Equal Treatment and Good Faith*, New York: Cambridge University Press, pp. 202 and seq.

⁶⁴ See N. REICH, *Bürgerrechte*, 1999, §§ 8, 9, 14 at 228.

⁶⁵ Judgment, 18.12.2007, Case 341-05, *Laval un Partneri* ECR 2007, I-11767 at 51-111; there is an interesting and controversial debate on how to read Directive 96/71, in particular on

The EU managed to introduce a new spirit into the new set of Directives, which can be noted in two Directives, 94/45 on working council and 96/17 on the posting of workers. Both contain a strong cross border element and both rely on the leitbild of a worker which resembles the circumspect and responsible consumer. The new ideal type of the European worker has to enforce her rights herself. Protecting pregnant women, securing the rights of the youth and granting parental leave, all these regulatory means are given an ever stronger economic element based on the premise that the EU labour market should remain open for everybody, not only for the male full time worker. An endless chain of ECJ judgments shaped the European labour law acquis and contributed to the development of a new leitbild of the worker which is perhaps most prominently designed in the *Bosman*⁶⁶ judgment.

Strive for hegemony: The third phase maybe characterised by three modes of regulation, a hidden mode, a new mode and an old mode in a new disguise. The hidden mode refers to cold harmonisation which results from the introduction of a single currency. Whilst the EU holds power, if any, to adopt minimum standards in all fields of labour law and policy where it has received competences, the practical effects of the EMU which became clear only after 1 January 2002 leads to a situation where Member States are deprived from using the national currency as a means to fight against unemployment. The welfare state is modernised by the back door – and through the EU. The new mode results from the introduction of the OMC in 2000 and its growing importance even outside core fields of labour policy such as social inclusion (OMC SPIC) and the European Employment Strategy (EES).⁶⁷ The OMC proceduralises social policy making and social policy enforcement by new modes of governance. Proceduralisation within new governance does not allow for setting clear cut standards on material justice. In this way, the OMC is much nearer to the model of ‘access justice’.

whether the minimax debate fits to the directive at all, see S. DEAKIN, *Regulatory Competition after Laval*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 10 (10), 2008, 581-610 and M. DOUGAN, *Minimum Harmonisation after Tobacco Advertising and Laval Un Partneri*, in M. Bulterman and L. Hancher and A. McDonnell and H. Sevenster (eds.), *Views of European Law from the Mountain: Liber Amicorum Piet Jan Slot*, Alphen aan den Rijn 2009, p. 12-13.

⁶⁶ Judgment of 15.12.1995, C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association and others/ Bosman and others* ECR 1995 I-4921.

⁶⁷ Website of the European Commission, Social Affairs and Equal Opportunities, available at: http://ec.europa.eu/employment_social/spsi/joint_reports_en.htm (accessed at 14 November 2010).



There is, however, one area of labour law and policy, where the European Union has and is setting the tone more or less since the insertion of Art. 119 into the Treaty of Rome and independent from the ups and downs of the European integration process via numerous directives in the field of occupation and employment and via a proactive ECJ – the fight against old and new forms of discrimination not only between men and women. The Treaty of Amsterdam extended Community powers in Art. 141 (3) (now Art. 157 TFEU) and introduced Art. 13 (now Art. 19 TFEU), thereby paving the way for a series of Directives which, overarching the boundaries of EU labour law and policy, set down minimum standards in the fight against discrimination. Art. 141 (3) (Art. 157 TFEU) was used by the EU to amend Directive 76/207 by Directive 2002/73 and to recast Directive 76/207 via Directive 2006/54. In so far the EU changed competence, from Art. 100 (Art. 94) to the more specific rule in Art. 141 (3) (Art. 157 TFEU). Art. 13 (now Art. 19 TFEU) initiated three Directives, 2002/43 on equal treatment between persons irrespective of race and ethnic origin, 2000/78 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation and last but not least Directive 2004/113 for equal treatment between men and women on the access to the supply of goods and services.⁶⁸

The current situation: The anti-discrimination principle has found its way into the draft of the European Constitution. It is anchored in Art. 2 of the Union Treaty and Art. 21 of the Charter of Fundamental Rights⁶⁹. It plays a prominent, though highly contested role⁷⁰, in the ACQP and the DCFR.⁷¹ The *Mangold* judgment⁷² has raised a highly controversial debate on whether EU law knows a self-standing binding general principle of anti-discrimination, and whether such a principle is not only applicable vertically in citizen state relations, but also horizontally in citizen-to-citizen relationships. In its broadest reading, the *Mangold* doctrine lies at the heart of the (a) European principle of *access justice/Zugangsgerechtigkeit* as it would

⁶⁸ See for a summary of the EC law on anti-discrimination, U. RUST and J. FALKE (eds), *AGG Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften; Kommentar*, Berlin, 2007, p.198.

⁶⁹ For a deeper analysis see U. RUST and J. FALKE (eds), *AGG Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit weiterführenden Vorschriften; Kommentar*, Berlin, 2007, pp. 291 *et seq* and J. BASEDOW *Grundsatz der Nichtdiskriminierung*, 2008, *ZEuP*, p. 230-248.

⁷⁰ F.J. SÄCKER, *Vertragsfreiheit und Schutz vor Diskriminierung*, *ZEuP*, 1ff. and Basedow, J. (2008), 'Grundsatz der Nichtdiskriminierung', in *ZEuP*, 2006, 230-251.

⁷¹ Art. 3:101 till 3:103 ACQP; II.-2:101 DCFR.

⁷² ECJ C-144/04 ECR 2005 I-9981; ECJ C-411/05 *Palacios de la Villa*, ECR 2007 I-8531.

allow to guarantee access of EU workers to the labour market, access of EU consumers to the consumer market and access of EU citizens to all sorts of services, so long as they come under the scope of the EU law. *Küçükdevici* seems to grant horizontal direct effect to the Charter of Fundamental Rights.⁷³ If such a principle is enshrined in EU law, *Mangold* and *Küçükdevici* could serve as a tool for overriding the reservations of the UK, Poland and the Czech Republic against the integration of the Charter of Fundamental Rights into Union law. A new, though related battlefield has come up in *Test Achats*.⁷⁴ The more general question concerns what extent secondary community law can be submitted to a compliance test with the Charter of Fundamental Rights governed by *access justice/Zugangsgerechtigkeit* as the overall horizontal yardstick.

In *Bosman*,⁷⁵ *Angonese*,⁷⁶ *Viking*,⁷⁷ *Laval*, and *Olympique Marseille*⁷⁸ the ECJ recognised the direct applicability of Art. 39 (Art. 45 TFEU) concerning the freedom of movement for workers, freedom of establishment in *Viking* Art. 43 (Art. 49 TFEU) and freedom of services in *Laval*, Art. 49 (Art. 56 TFEU). The ECJ has transgressed the boundaries between the public/private law divide and even turned vertical direct effect into a limited horizontal direct effect.⁷⁹ The worker is confronted with collective agreements that bear a quasi statutory character and that restrict her legal position. The right of free movement of workers is used so as to strike down collective private agreements that are either established by private organisations bearing a quasi statutory character (*Bosman*, *Olympique Marseille*) or by the states themselves (*Angonese*). *Viking* and *Laval* fit into that picture although the perspective is different. The parties fight for access against discriminating collective private agreements and the ECJ is granting access against the fierce opposition of trade associations and trade unions.

⁷³ (21) In that context, the Court has acknowledged the existence of a principle of non-discrimination on the grounds of age which must be regarded as a general principle of European Union law (see, to that effect, *Mangold*, paragraph 75). Directive 2000/78 gives specific expression to that principle (see, by analogy, Case 43/75 *Defrenne* [1976] ECR 455, paragraph 54). (22) It should also (emphasis added H.-W. M.) be noted that Article 6(1) TEU provides that the Charter of Fundamental Rights of the European Union is to have the same legal value as the Treaties. Under Article 21(1) of the Charter, '[a]ny discrimination based on ... age ... shall be prohibited'

⁷⁴ Opinion of AG Kokott - Case C-236/09 available at <http://www.lex.unict.it/eurolabor/en/documentation/altridoc/clusion/c236-09.pdf>. (accessed 14 November 2010).

⁷⁵ ECJ Case C-415/93, ECR I-4921.

⁷⁶ ECJ Case C-281/98, ECR I-4139.

⁷⁷ ECJ Case C-438/05, ECR I-10779.

⁷⁸ Case C-325/08, OJ C 247, 27.9.2008.

⁷⁹ N. REICH, *Rights without Duties*, to be published in the *Yearbook of European Law*, 2010, p. 60.



4.2.2. Consumer Law

| 88

The development of consumer law was initiated outside the scope of the clear competence rules under the Rome Treaty in the early 1980s. The adoption of the Single European Act led to the new Article 100 a), today Art. 104 TFEU, which granted the EU the power to take legislative action to complete the Internal Market taking a ‘high level of consumer protection’ as the basis. To understand the link between the White Paper on the Completion of the Internal Market, the Single European Act and the rise of consumer law it is still worth reading the most influential Sutherland report.⁸⁰ That is where the well-known rhetoric of ‘an integrated market needs confident consumers’ derives from.⁸¹ The Maastricht Treaty brought a genuine competence which was complemented in the Treaty of Amsterdam and enshrined in the Lisbon Treaty. Art. 169 TFEU has, however, never gained importance. All relevant measures were based on Art. 104 TFEU. In hindsight, the Europeanisation of consumer legal policy occurred in *three* phases. The first is still dominated by the varying patterns of national social justice, the second points already to the development of a deviating European model of justice, which is then subject to further specification and hardening in the third phase.

Co-ordination: The first phase was determined by a policy of coordination of different national models of justice which purported to root the social connotation into European private law.⁸² This is characteristic for all initiatives taken between 1975 and 1985, i.e. before the rise of the Internal Market. From the three directives adopted during this time span, two, Directive 85/577/EEC on contracts concluded away from business premises and Directive 87/102/EEC, bore a strong national protective bias. It is the weak consumer who is the addressee of regulatory action. Depending on the various patterns, the regulatory action is more or less linked to considerations of social justice.

Legislative activism: After 1986, the White paper on the Completion of the Internal Market and the adoption of the Single European Act, the Euro-

pean Commission was in a much stronger position. It needed ‘only’ the support of the majority of the Member States and it benefited from the new competence rule.⁸³ Within a couple of years the EU managed to get quite a number of directives through the legislative machinery, some that had been pending for years, for example, Directive 90/314/EEC on package tours, Directive 93/13 on unfair terms in consumer contracts, Directive 94/47/EC on time sharing, 97/7/EC on distance selling, Directive 98/27 on injunctions and Directive 99/44/EC on the sale of consumer goods. The link between the completion of the Internal Market and consumer protection, however, gradually changed the outlook of consumer law, its contents, its direction and its concept. The protective device of consumer policy lost priority to the benefit or the detriment – depending on the viewpoint – of the now emerging image of the responsible consumer who was to play a central role within the European integration process.⁸⁴ That is where the genuine model of justice in EU has its roots. EU consumer law is *market behaviour law*.⁸⁵ European consumer law is more and more turning into a consumer law without – or to put it in more cautious terms – with a less determined social protective outlook. The European ideal is the European consumer who shops across border in a relaxed though attentive and self-responsible manner.⁸⁶

Strive for hegemony: The third phase is linked to the policy shift initiated by the Lisbon Council that was hammered down in the 2002 consumer strategy. Maximum harmonisation ranks high on the European Commission’s political agenda. So far, it seems as if the European Commission has succeeded in transforming minimum standards into maximum rules in particular economic sectors. However, it has not managed to establish full harmonisation in legal fields which cut across various markets and sectors of the economy. Directive 2002/65/EC on distant selling of financial services constituted the break through in the realisation of

⁸⁰ The *Internal Market After 1992 Meeting the Challenge*, European Parliament Doc (SEC 92-final) 2277 (1992).

⁸¹ See on the confident consumer S. WEATHERILL, *The Evolution of European Consumer Law and Policy: From well Informed Consumer to Confident Consumer*, in H.-W. Micklitz (ed.), *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa?*, Baden-Baden, 1996 p. 423.

⁸² Critical as regards the objectives of consumer law, G.-P. CALLIES, *Nach der Schuldrechtsreform: Perspektiven des deutschen, europäischen und internationalen Verbrauchervertragsrechts*, 203, *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP), 1996, p. 575.

⁸³ H.-W. MICKLITZ and S. WEATHERILL, *Consumer Policy in the European Union: Before and after Maastricht*, in *Journal of Consumer Policy Special Issue*, 16 (3-4), 1993, p. 285-321.

⁸⁴ Critical as regards the alleged change of the paradigm, see H. RÖSLER, *Europäisches Konsumentenvertragsrecht: Grundkonzeption, Prinzipien und Fortentwicklung*, Thesis Marburg, 2004 p. 74.

⁸⁵ N. REICH, ‘Protection of Consumers’ Economic Interests by EC Contract Law – Some Follow-up Remarks’, *Sydney Law Review*, 28 (1), 2006, 37-62, quite critical on such attempts, T. WILHELMSSON, *The Contract Law Acquis: Towards More Coherence Through Generalisation?*, *Europäischer Juristentag*, 4 (1), 2008, p. 111-145.

⁸⁶ B. HEIDERHOFF, *Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts, insbesondere zur Reichweite europäischer Auslegung*, *Habilitation- München*, 2004, pp. 289, 423.



the new paradigm. In a methodically interesting approach, of combining elements of Directive 2001/95/EC on general product safety, Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices, it purports to harmonise unfair commercial practices with respect to B2C relationships.⁸⁷ Last but not least, the adoption of Directive 2008/48/EC on consumer credit followed suit, after a hard and long lasting fight on the full harmonisation approach.⁸⁸ Directive 2008/122/EC replaces Directive 94/47/EC on time sharing with an even more detailed set of fully harmonised rules. A revised proposal to fully harmonise package tours is underway. The European Commission presented a similar approach in its 2008 proposal on a Directive on Consumer Rights which is meant to substitute Directives 85/577/EEC on doorstep selling, 97/7/EC on distance selling, 93/13/EEC on unfair terms and 99/44/EC on consumer sales.⁸⁹ However, it seems as if the European Commission has run into a deadlock situation.

What does full harmonisation mean with regard to the separation of powers between the Member States and the EU in consumer law?⁹⁰ In what way does full harmonisation affect the dividing line between national protective concepts of justice and the EU model which puts emphasis on market behaviour and on a consumer who is circumspect and responsible? Full harmonisation takes away powers from the Member States. The hidden consensus between the European Commission and the Member States, which boosted the adoption of minimum protection standards in the aftermath of the Internal Market programme, has collapsed, not silently, but publicly (though widely unnoticed) in the Consumer Strategy 2002. The overall target formulated in the Lisbon Council to make the EU the most competitive market world-wide might bring about a major change in consumer policy and law, one which documents the end of the philosophy behind the In-

ternal Market and the idea of the circumspect and responsible consumer.⁹¹ The new consumer leitbild is the economically efficient consumer which has to operate no longer merely in European but in an international environment.

The current situation: I started from the premise that ‘access justice/Zugangsgerechtigkeit’ might become the new paradigm of EU private law. Full harmonisation, however, brings a new dimension into EU consumer policy in that the question arises of who should deal with the protection of those consumers who do not meet the efficiency doctrine. The Member States are barred from taking action in fully harmonised fields of EU private law. In a legalistic perspective, they are free to take action only in partially harmonised areas. It might then be for the EU to develop a social model in private law matters outside the dominating patterns of the efficient consumer/worker who may expect no more than ‘rough justice’, but a consumer/worker who even claims ‘social justice’. Can the EU rules on services of general economic interest serve as a fall back position?⁹² Or will the Member States have to take the responsibility back for the protection of the weaker parties? Much will depend on the future of the full-harmonisation principle.

5. The European Model on Access Justice

The EU model cannot be reduced to a formal libertarian concept of justice where the state is denied the right to forcibly redistribute wealth from one individual or group to another. I have shown in my analysis of the economic, social and political determinants that European labour, anti-discrimination and consumer law escape the polarisation between *social distributive justice* and *allocative (libertarian) justice*. What I want to show now is what this new pattern of European justice looks like. I will first try to locate the European concept of justice. It lies somewhere between social distributive and libertarian allocative justice. I will then look into the constitutive elements of *access justice/Zugangsgerechtigkeit* ‘access rights’ and ‘anti-discrimination’. I will limit myself to laying down the ground for discussion. The concrete legal implications of such a principle remain to be elaborated.

⁸⁷ G. HOWELLS, H.-W. MICKLITZ T. WILHELMSSON, *European Fair Trading Law – The Unfair Commercial Practices Directive*, Aldershot, 2006.

⁸⁸ See H.-W. MICKLITZ and P. ROTT and L. TICHY (2007), *Impact assessment of the revised proposal on consumer credit on the Member States legislation in Czech Republic, Germany and the United Kingdom*, MS January 2007.

⁸⁹ Commission of the European Communities. Proposals for Directive of the European Parliament and of the Council on Consumer Rights, COM (2008) 614 final; H.-W. MICKLITZ and N. REICH, *Crónica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a ‘Directive on Consumer Rights, Common Market Law Review*, 46 (2), 2009, 471-519.

⁹⁰ S. WEATHERILL, *Minimum Harmonisation as Oxymoron? The Case of Consumer Law*, in H.-W. Micklitz (ed.), *Verbraucherrecht in Deutschland – Stand und Perspektiven*, VIEW Schriftenreihe, Band 20, 2005, p. 15 and T. WILHELMSSON, *European Consumer Law: Theses on the Task of the Member States*, p. 37.

⁹¹ H.-W. MICKLITZ, *Jack is out-of the Box - The efficient Consumer-Shopper*, in T. Wilhelmsson and J. Bärlund, *Festschrift*, JFT 3–4, 2009, p. 417–436.

⁹² H.-W. MICKLITZ, *The Targeted Full Harmonisation Approach: Looking behind The Curtain*, in G. Howells and R. Schulze (eds), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Munich, 2009, p. 47.

5.1. Social Distribute, Access Justice and Allocative Libertarian Justice

Firstly, *access justice* differs from national protective concepts in that it does not aim at social protection in a redistributive perspective. The addressees of the EU labour, anti-discrimination and consumer law are not so much or not primarily the ‘poor who pay more’ – or, to allude to the famous study of *Caplovitz*⁹³, the black or women who have to pay more for a new car than white men⁹⁴ – but rather the dynamic, open-minded, flexible, well-informed, self-standing and self-conscious mobile worker or consumer who is seeking the best job opportunities and the best prices on the market of consumer goods and services so as ‘to reap up the benefits of the internal market’.⁹⁵ The normative leitbild, which is dominating EU labour and consumer law making, requires this omnipotent market citizen needed for the completion of the Internal Market and for making the EU ‘the most competitive and most dynamic knowledge-based economy’ in the world.

EU labour, anti-discrimination and consumer law contain normative concepts such as the vulnerable consumer in Directive 2005/29 on unfair commercial practices or in the field of services of general economic interests which seem to run counter to such a Leitbild and to indicate a more social justice orientated approach. The ECJ is hovering between more factual protective and more normative fictitious conceptions of the consumer/worker. Despite these social justice elements, which undoubtedly exist, I would, however, stress that the dominating Leitbild, the dominating normative construct in EU labour, anti-discrimination and consumer law is very much the normatively instrumentalised caricature of the real life world. It is the result of a market driven European ‘integration through (regulatory) law’. This understanding is far away from the starting point of social policies in the sixties and seventies, perhaps not so much from the changing patterns in the legal systems, but from political programmes of social welfare orientated Member States and even from early initiatives of the European Commission in the 1970s.

The new modes of governance, so amply favoured by the European Commission in non-harmonised areas of EU labour law so as to foster social inclusion of those workers who incapable of keeping pace with the changing labour market, have

no counterpart in consumer law. It does not even exist in areas such as services of general economic interests where the link to the OMC could easily be built to handle the situation of those customers who are excluded from basic services. OMC could serve, in theory, to approximate the different policies of the Member States and to define best practices concerning the protection of the vulnerable.⁹⁶ It has to be recalled that the regulatory mechanism established by the European Commission to design the ACQP and the DCFR resemble much more the New Approach on Technical Standards than the OMC which was promoted in the academic environment as an appropriate tool for the codification project.⁹⁷ That is why EU labour, anti-discrimination and consumer law are definitely and purposively different from national welfare state inspired protective concepts of the weaker parts of society.

Secondly, the EU concept of justice differs from *allocative libertarian concepts of justice*, as EU labour, anti-discrimination and consumer law is in substance regulatory law which restricts not only the exercise of the market freedoms but also the private autonomy of parties to a labour and a consumer contract. None of the Treaty amendments and none of the secondary rules are inspired and guided by the idea that it is a prominent task for the European Union to establish and to ensure a European principle of freedom of contract and private autonomy. The ECJ has read such a principle into the four market freedoms.⁹⁸ The legal paradigm of EU law making via the Treaty and via secondary law, however, is regulatory law, this means *regulated autonomy*. The EU is transforming private law rules ‘from autonomy to functionalism in competition and regulation’. I have laid down my understanding of the role and function of European private law elsewhere.⁹⁹

⁹⁶ M. BARTL, *The Affordability of Energy. How much protection for the vulnerable consumer?* *Journal of Consumer Policy*, 33 (2), 2010, p. 225-245; U. NEERGARD, *Services of General (Economic) Interest and the Services Directive -What Is Left Out, Why and Where to Go?*, in Neergard, U. and R. Nielsen and R.M. Roseberg (eds), *The Services Directive, Consequences for the Welfare State in the European Social Model*, Copenhagen, 2008, p.65.

⁹⁷ W. VAN GERVEN, *Needed: A Method of Convergence for Private Law*, in A. Furrer (ed.), *Europäisches Privatrecht*, 2006, p. 437, on the parallel between the new approach and the making of the DCFR see H.-W. MICKLITZ 2007, *(Selbst-)Reflektionen über die wissenschaftlichen Ansätze zur Vorbereitung einer europäischen Vertragsrechtskodifikation*, in *GPR Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, p. 2.

⁹⁸ See most recently, J. BASEDOW, *Party Autonomy in the Private International Law of Contracts*, *European Review of Private Law*, 15, 2007, p. 891.

⁹⁹ I have developed this concept in H.-W. MICKLITZ, *The Visible Hand of European Private Law*, in P. Eeckhout and T. Tridimas (eds.), *Yearbook of European Law*, 28, 2010, p. 3-60.

⁹³ D. CAPLOVITZ, *The Poor Pay More*, New York, 1967.

⁹⁴ AS, L. AYRES, *Fair driving: Gender and Race Discrimination in Retail Car Negotiations*, *Harvard Law Review*, 104 (4), 1991, p. 817-871.

⁹⁵ COM (2008) 614 final, p. 2.



EU regulatory labour and consumer law uses mandatory contract law rules as a device to achieve particular policy purposes which might be sector related or, as is the case in labour, anti-discrimination and consumer law, subject and sector related. All these mandatory EU rules on labour, anti-discrimination and consumer law are guided by one and the same philosophy, they are meant to bring the consumer and the worker into a legal position where she or he is equipped with the necessary set of rights so as to participate and reap the benefits of the Internal Market and the most competitive economy. EU regulatory law starts from the premise that a European Economic Constitution, based on the four market freedoms and competition law does not produce the necessary results by itself. Additional tools are needed to guarantee *access* to the market. This is exactly what the Lisbon Council, and since then various documents of the European Commission, mean when they constantly reiterate the formula of ‘reaping the benefits of the internal market’. Participation in and access to the internal market legitimises the adoption of mandatory EU labour, anti-discrimination and consumer law rules.

Thirdly, the EU model of justice cannot and shall not be equated with social justice, emanating from the workers’ movement, that has developed in the 20th century. Nor shall it be seen as a libertarian concept of justice where there is no statutory responsibility for the distribution of wealth between members of the society. So what is it then positively speaking? In German it would be *Zugangsgerechtigkeit* which literally means *access justice*. I found the term first in a document of the German Catholic Church which was prepared by eminent German academics as a response to the plea for transforming the German welfare state. Access justice alludes to the concept of ‘*equity*’ in the Common law system, not so much in its origins but in its content. Equity was meant to compensate for the deficiencies which resulted from the narrow and formalised rules on writs which restricted access to common law, whereas the regulatory law counterbalances the market freedoms. They share, however, the conviction that a legal system cannot be based on libertarian allocative concepts and that an element of ‘*Billigkeit*’ – equity – is needed that counterbalances such model.

The EU legal system was originally designed as an international treaty before the ECJ transformed the Rome Treaty into a genuine legal order based on enforceable rights. EU regulatory labour and consumer law, right from its beginning and with constant support from the ECJ, could be understood not only as integrating a social dimension into the market based project of European integration, but also

to make sure that those who should benefit from the mandatory rules are also given *access* to the legal system. In this sense, access justice contains two elements, first breaking down the barriers which limit participation and access and second strengthening the position of consumers and workers with a view to enforcing their rights. With regard to the first category, access justice would require that all market participants, including consumers, must have a fair and realistic chance to enter the market, consume its products and use its services, as well as reaping the benefits of the market. Access justice in the second sense relates to the degree of justice the individual might gain after he or she has been granted access. Rights are useless if they cannot be enforced. The ECJ is strongly advocating for judicial protection as now enshrined in Art. 47 of the Charter of Fundamental Rights. The EU is promoting, not only in the field of labour, anti-discrimination and consumer law, conflict resolution via mediation and dispute settlement outside courts.¹⁰⁰

In sum: *access justice* means more than a formal guarantee to workers and consumers that they may have a theoretical chance in participating in the market and reaping the benefits of the market. This would be justice in the meaning of the libertarian concept. Access justice in the meaning of *Max Weber*, quite to the contrary, materialises the equity doctrine. The legal system is responsible for establishing tools which transform the *theoretical* chance into a *realistic* opportunity, thereby eliminating all sorts of barriers which hinder the assertion of the claim to access. This requires further deepening.

5.2. The Two Constitutive Elements: Access Rights and Anti-Discrimination Rights

There are two major identifiable constitutive elements in which the European model of justice becomes visible: access ‘rights’ and non-discrimination ‘rights’. Both elements cut across labour and consumer law. They appear in labour and consumer law in different legal forms and different connotations, as ‘*Leitnormen*’ in the Lisbon Treaty, as part of the Charter of Fundamental Rights, in EU directives, recitals and recommendations. In its most outspoken form, they may grant individually

¹⁰⁰ See ECJ, 18.3.2010, Joined Cases C-317/08, C-318/08, C-319/08 and C-320/08 *Alassini*, ECR (2010) I- nyr. From a consumer point of view see N. REICH, in H.-W. MICKLITZ and P. ROTT and N. REICH, *Understanding EU Consumer Law*, 2009, § 8, p. 341.



enforceable rights,¹⁰¹ vertically in consumer-worker state relationships, horizontally in consumer-worker private supplier-employer relationships, at least as long as the other party to the contract is tying the consumer-worker to collective private agreements which bear a quasi statutory character. In a less developed form, the so-called rights may formulate policy guidelines or mere policy objectives which could and should nevertheless be taken into account by the courts in the interpretation of the respective provisions that lie at the heart of the conflict.¹⁰² The perspective I take is a private law perspective, meaning that I investigate the horizontal dimension of the two constitute principles, in order to design the possible impact on private law relations.

5.2.1. Specific Access Rights in Labour, Anti-Discrimination and Consumer Law

In private law relations, the subjective rights in-built into the market freedoms as interpreted by the ECJ are paving the way for being granted access against discriminating collective private agreements. There are limits to this case-law since the ECJ does not submit collective private agreements to the scope of application of the four market freedoms. Otherwise, the logic of judicial control in unfair terms would have to be reconsidered. Herein there is a prominent field of collective private agreements that could easily be brought into the perspective of *Bosman*, *Angonese*, *Olympique Marseille*, *Viking* and *Laval*. But such an understanding would submit private law as such under the market freedom, a decision the ECJ refused to take in *Alsthom Atlantique*¹⁰³ and *CMC Motorradcenter*¹⁰⁴.

The Charter of Fundamental Rights does not contain an overall rule which grants access. However, there are bits and pieces in the Charter that can be broken down into the categories of labour and consumer law. Methodologically speaking, the Leitnormen of the Charter, the individually or collectively enforceable rights enshrined in the Charter, the policy objectives laid down in the Charter and the rights and objectives concretised in secondary Community law must be read and interpreted together. More recent EU regulations and directives refer, in their recitals, to the Charter of Fundamental

Rights so as to ensure compliance of secondary Community law with the Charter. This is a most visible expression of the ongoing constitutionalisation process of private law relations.¹⁰⁵

(1) Labour: The Lisbon Treaty introduces a new Art. 2 which lays down a set of values common to the Member States:

The Union is founded on the values of respect for human dignity, freedom, democracy, equality, the rule of law and respect for human rights, including the rights of persons belonging to minorities. These values are common to the Member States in a society in which pluralism, non-discrimination, tolerance, justice, solidarity and equality between women and men prevail.

These values are not fully concretised in the established legal order. Therefore Art. 2 must be read as a Leitnorm, of no direct legal consequences. However, Art. 2, read together with the various articles of the EU Charter, might allow for the grounding of a European concept of justice on weighing social rights, e.g. those of workers and consumers balanced against the supplier's right to market his or her products and services freely in and throughout the Internal Market. Chapter II formulates in Art. 14 the right to education and in Art. 15 the freedom to choose an occupation and the right to engage in work. Chapter IV defines, under the heading of solidarity, a whole set of rights, in particular Art. 27 (information and consultation), Art. 28 (collective bargaining), Art. 29 (access to placement services), Art. 30 (unjustified dismissal), Art. 31 (fair and just working conditions) and Art. 34 (social security).

Access in labour law takes different forms, although there is at first sight a parallel to the services of general economic interests taking a broad understanding, i.e. under inclusion of financial and digital services. Since 1975, the EU has established a long standing policy to establish regulatory means which are aimed at keeping those workers in business who are in a more vulnerable position due to their particular personal circumstances, such as pregnant woman, parents, young people and part-time workers. However, in particular those measures taken

¹⁰⁵ There is an abundant literature on this issue, see G. BRÜGGEMEIER and A. CIACCHI and G. COMANDÉ (eds.), *Fundamental Rights and Private Law in Europe*, 1 - 2, Cambridge, 2010; O. CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of the Contract Law with Emphasis on Risky Financial Transactions*, doctoral dissertation – Utrecht, 2008; Ch. MAK, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan den Rijn, 2008.

¹⁰¹ I will not discuss the horizontal effect of these rights, as this would reach beyond the purpose of the paper.

¹⁰² See V. KOSTA, (forthcoming 2010), *Internal Market Legislation and the Private Law of the Member States. The Impact of Fundamental Rights*, to be published in *European Review of Contract Law*.

¹⁰³ ECJ C-339/89 ECR I-107.

¹⁰⁴ ECJ C-93/92 ECR I-5009.



under the Social Policy Agreement adopted under the Maastricht Protocol are reaching far beyond particular groups of workers and rather formulate access conditions for worker representation as well as for posting workers outside the home country.

(2) consumers: Art. 38 of the Charter of Fundamental Rights requires that Union policy ensures a high level of protection. Individually enforceable rights cannot be deduced from Art. 38 of the Charter. The set of rights granted to consumers lag behind those granted to workers. Art. 35 (health care) and Art. 36 (access to services of general interests) provide for more specific protection in selected areas of consumer policy. The Treaty contains, in Art. 169 TFEU, elements of a 'right to information'¹⁰⁶ and a 'right to establish consumer organisations', although these rights have to be given shape via secondary community law in order to be understood as individual, maybe even enforceable, consumer rights.

The most prominent feature in the Charter related to 'access' is to be found in Art. 36 which links access rights to the rather opaque concept of services of general economic interests:

The Union recognises and respects *access to services* of general economic interests as provided for in national laws and practices, in accordance with the Treaty establishing the European Union, in order to promote the social and territorial cohesion of the Union.

Art. 36 of the Charter is not meant to grant individual rights, at least not according to the majority of academic opinion.¹⁰⁷ Art. 36 of the Charter should, however, be read together with secondary legislation in the field of telecommunication, postal services, electricity, gas and transport, just to name those services which clearly come under the category of services of general economic interest. Legal doctrine argues that the respective directives are all united in the idea that the new consumer should and must have access to the new competitive market and that access must be understood as an individually enforceable right.¹⁰⁸ In *Sabatauskas*¹⁰⁹, the ECJ did

not decide on the right of access of consumers to the Energy market.¹¹⁰ Reading both the Charter and the respective directives together justifies the existence of an enforceable right of access to services of general economic interest. The addressee of such an individually enforceable right, however, would not be the supplier of the services of general economic interests but rather the respective Member State who is under an obligation to implement the directives in light of the Charter in a way that the customer is granted subjective enforceable rights. The missing horizontal direct effect has been subject to concern in academic circles for quite some time. The problematic effects of the existence of EU rights which can not be enforced against the correct addressee has been termed by *N. Reich* 'Rights without Duties'¹¹¹. The Charter sheds new light on an old debate as is so amply demonstrated by the ECJ in *Mangold and Küçükdeveci*.

There is another equally difficult question pending. Can the right to access under Art. 36 be extended beyond the notion of services of general economic interest to the field of financial¹¹² and digital services¹¹³, to all those services on which the consumer-worker-citizen depends on today, economically and socially? From a doctrinal point of view, there is a huge gap in policy statements, like that in the 2000 Lisbon Council conclusions which builds concrete links beyond the SGEI stating that citizens may not be excluded from the benefits of the information society and that financial illiteracy should be combated. These announcements are neither reflected in the set of EU directives and regulations which govern the field of financial and digital services, nor in the Charter. The most concrete step the European Commission has taken comes from the field of financial services where the consumer shall be given a right to a bank account. However, the document has no binding legal effects. Again

¹⁰⁹ See on the right to access under Art. 20 of Directive 2003/54 in particular with regard to the right of access to universal services, ECJ C-239/07 *Julius Sabatauskas*, at 47, AG Kokott at 35, 38, nyr, see PIRSTNER-EBNER, *EuZW*, 2009, 15, 16 UNDER 4.

¹¹⁰ See, P. ROTT, *A new Social Contract Law for Public Services? – Consequences from Regulation of Services of General Economic Interests in the EC*, in *European Review of Contract Law*, 1 (3), 2005, 342.

¹¹¹ N. REICH, *The public/private divide in European law*, in H.-M. Micklitz, and F. Cafaggi (eds.), *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Cheltenham, 2010 p. 56.

¹¹² T. WILHELMSSON, *Services of general interests and European Private law*, in C. E. Rickett and T.G.W. Telfer (eds.), *International Perspectives on Consumers' Access to Justice*, Cambridge, 2003, p. 149.

¹¹³ H.-W. MICKLITZ and A. OEHLER (2007), *Consumer Policy in the Digital World, Scientific Advisory Board for Consumer, Food, and Nutrition Policies to the Federal Ministry of Consumer Protection, Food, and Agriculture*, Germany, Berlin.

¹⁰⁶ M. RADEIDEH, *Fair Trading in EU Law – Information and Consumer Choice in the Internal Market*, Groningen, 2005.

¹⁰⁷ Regarding the interpretation of this provision and its doctrinal qualification see the contribution of BAQUERO CRUZ in G. De Búrca (ed.), *EU Law and the Welfare State: In Search of Solidarity*, Oxford, 2005, pp. 169 and 178.

¹⁰⁸ P. ROTT, *A new Social Contract Law for Public Services? – Consequences from Regulation of Services of General Economic Interests in the EC*, in *European Review of Contract Law*, 1 (3), 2005, 323-345; C. WILLET, *General Clauses on Fairness and the Promotion of Values Important in Services of General Interest*, in C. Twigg-Flesner and D. Parry and G. Howells and A. Nordhausen (eds.), *Yearbook of Consumer Law*, 2008, p. 67.

the Charter might allow for hardening soft law means.

These types of services serve as perfect examples to demonstrate the difference between formal libertarian and materialised access under EU law. The simple chance to have access exists for particular groups of persons often only in theory. Materialised access requires more, it requests regulatory mechanisms which transform the *theoretical normative* opportunity into a *realistic concrete* perspective. The result of materialised access is not to be confounded with social justice. Social justice is result orientated. The outcome is what counts in order to be able to assess whether the result is just or not. Materialised access is less result orientated. It only establishes fair and non discriminatory access conditions.

5.2.2. The Horizontal Dimension of Anti-Discrimination

The second constitute element – anti-discrimination – is even wider spread and more deeply anchored in the Treaty, in the Charter and in secondary consumer and labour law rules. Contrary to access, which bears a positive, anti-discrimination bears a negative message. EU law prohibits various forms of discrimination, unequal payment in the Treaty for example and, since 2000, a wide variety of discriminatory practices related to the labour market but also practices which are not related to the labour market. The EU Charter deals extensively with non-discrimination in Art. 21, even in more detail than in the four Directives.

The set of four Directives adopted in the aftermath of the Treaty of Amsterdam on the basis of Art. 13 (Art. 19 TFEU) and Art. 141 (3) (Art. 157 TFEU) extend the EU anti-discrimination rules beyond equal pay and equal access to employment to race and ethnic origin and – what is even more important in the context of the emerging EU model on justice – they establish anti-discrimination rules which are applicable outside the labour market in private law relations in the access to and the supply of goods and services. The so far academic debate turns, to a large extent, around the question on what kind of model of justice the anti-discrimination rules stand for. The debate gained pace through the insertion of the anti-discrimination principle into the ACQR and the DCFR.¹¹⁴

I will borrow from *Basedow*¹¹⁵ the distinction between integration motivated anti-discrimination verdicts and societal policy motivated anti-discrimination verdicts. This fits into the distinction between allocative libertarian and access justice/Zugangsgerechtigkeiten. Integration motivated anti-discrimination rules can be found in the above mentioned rules on regulated markets. The addressees of the anti-discrimination rules are Member States, regulatory authorities and the different economic actors. From a consumer/customer perspective they may be broken down in a) those indirectly affecting consumers and b) directly affecting them. Under the first category, we can note rules to ensure non-discriminatory access to the net, non-discriminatory tariffs for access to the network and rules meant to prohibit any form of non-discrimination between the different economic operators. Under the second category, particular rules on non-discriminatory treatment within the framework of universal service obligations can be noted.

The societal policy motivated verdicts are of direct concern to workers and consumers. The basic philosophy of the non-discrimination rules has been developed by the ECJ within the framework of the Rome Treaty as accomplished by the two directives on equal pay and equal access to work. After a series of judgments where the ECJ was ready to give a broad reading to the notion of ‘pay’, in *Smith v. Advel Systems*¹¹⁶ the ECJ rejected any attempt to use the Treaty provisions for levelling up equal pay. All that the Treaty requires is equal treatment of men and women, but not equal treatment at an equally high level. In the case at issue, EU law did not prevent the employer from raising the retirement age of women to that of men. This message can be transferred to all sorts of discrimination between men and women.¹¹⁷ The EU rules on anti-discrimination allow for the establishment of equal access conditions, but the very same rules cannot be used to establish equal standards for men and women at the most favourable level. Those reading into the EU rules regarding standards of substantive justice in a redistributive meaning advocate for an EU model of justice which reaches beyond access justice. It might very well be that the proponents of such an interpretation will suffer from a renewed setback once the ECJ has to decide on the choice between social distributive and access justice. Such

¹¹⁵ J. BASEDOW, *Grundsatz der Nichtdiskriminierung*, ZEuP, 2008, p. 237.

¹¹⁶ ECJ Case-408/92 ECR I-4435.

¹¹⁷ See H.-W. MICKLITZ, *The Politics of Judicial Co-operation in the EU – the Case of Sunday trading, Equal Treatment and Good Faith*, New York, 2005, pp. 182 and 188 with reference to the ECJ case law.

¹¹⁴ Art. 3:101 to 3:103 ACQR and II.-2:01 to II.-2:103 DCFR.



an understanding would not comply with *Smith v. Advel and others*, but it would be coherent with the philosophy of EU regulatory law. As the four Directives establish, only minimum standards would therefore remain for the Member States to decide whether they want to go beyond access justice within the national rules implementing the Directives.

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 soddisfattivo 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 *essenziale 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-

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-

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. artt. 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.*

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, *Equivoci 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 rimediabile 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. MARCHESSAUX-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, affacciandosi 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 pronunciamento.

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'etero-integrazione 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 sùbiettivamente, 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.

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. MANIACI, *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

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

vessatorietà delle clausole di cui alle II. 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

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.

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 conosciuta 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.





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,

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

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.

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 - WIENMANN, *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'argomentare 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.

120
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 precondizione 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- non 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 È 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*.



LA NULLITA' SPECIALE DEL CONTRATTO DOPO L'ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE.

Di Giovanni Passagnoli

| 122

La nullità speciale del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione
(Giovanni Passagnoli)

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. Le disposizioni del Codice del processo amministrativo e la qualificazione dell'inefficacia. - 3. Inefficacia, nullità e pluralità di discipline.- 4. Segue: le nullità speciali. - 5. La nullità come disciplina del contratto rilevante ma qualificato negativamente. - 6. La nullità speciale del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

1. Considerazioni introduttive.

La dottrina ha lungamente dibattuto circa le conseguenze, sul contratto soggetto ad evidenza pubblica, dell'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione.

Le teorie contrappostesi risultano poi, sia pure in misura tra loro differente, variamente recepite tanto dalla giurisprudenza amministrativa che da quella civile, in un contrappunto di posizioni spesso condizionato dalle esigenze proprie del riparto di giurisdizione.

Ricordo, a soli fini introduttivi, cose ben note.

La tesi tradizionale¹ riconduceva alla annullabilità, ad istanza della sola amministrazione, la situa-

zione del contratto dopo l'annullamento della aggiudicazione, sul presupposto, ora di un vizio di capacità dell'ente, ora di un vizio del consenso, ora, ma con minore linearità, di un difetto di legittimazione rappresentativa².

Posizioni più aderenti alla complessità degli interessi protetti hanno invece sostenuto la nullità del contratto³, con varietà di fondamenti che vanno dalla incapacità giuridica speciale, alla contrarietà a norma imperativa, sino alla illiceità della causa in concreto.

dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità ed inefficacia: la giurisdizione esclusiva amministrativa e la reintegrazione in forma specifica, in *Dir. e form.* 2002, p. 245 ss..

² A.M. SANDULLI, *Deliberazione di negoziare e negozio di diritto privato della p.a.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 1 ss..

³ Cass., 9 gennaio 2002, n. 193, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 35; Cons. Stato, 5 marzo 2003, n. 1218, in *Riv. amm. appalti*, 2003, p. 78; Cons. Stato, 6 giugno 2006, n. 4295, in *Foro amm. CDS*, 2006, p. 2234; L.V. MOSCARINI, *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 597 ss.; ID., ma in una più generale prospettiva costruttiva, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, Milano, 1988, pp. 205-216; C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della p.a.*, Milano, 1982, p. 186 ss.; M. NIGRO, voce *Deliberazione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, XI, p. 998 ss..

¹ Per tutti, in dottrina, M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano 1988, II, p. 847 ss.; S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008, p. 191; C. ANELLI, *Pubblico e privato in materia di contratti dello Stato e degli enti pubblici*, in *Cons. St.*, 1966, p. 333 ss.; nella giurisprudenza di legittimità, tra le molte, Cass., 30 luglio 2002, n. 11247, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 1402; Cass., 8 maggio 1996, n. 4269, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 518; per la applicazione nella meno recente giurisprudenza amministrativa, per tutti, T.a.r. Lombardia, 23 dicembre 1999, n. 5049, in *Foro it.*, 2000, III, c. 198; T.a.r. Lombardia, 29 novembre 1999, n. 4070, in *I TAR*, 2000, p. 112 e per una efficace ricostruzione nella prospettiva dell'epoca, M. LIPARI, *L'annullamento*



Tesi ulteriori e con ampia eco giurisprudenziale hanno più di recente valorizzato la peculiarità pubblicistica della materia, propendendo per la nota soluzione della c.d. caducazione del contratto⁴.

E poi, ancora, annullabilità assoluta⁵, inefficacia relativa⁶, risoluzione per impossibilità sopravvenuta⁷, e così via in un catalogo complesso, che altri ha tentato di inventariare criticamente⁸, opera dalla quale, per evidenti ragioni di economia del discorso - oltretutto per parziale inattualità del dibattito ai fini che qui più direttamente interessano - mi asterrò senz'altro.

2. Le disposizioni del codice del processo amministrativo e la qualificazione dell'inefficacia.

Il D. Lgs. 20 marzo 2010, n. 53, di recepimento della Direttiva "ricorsi" 11 dicembre 2007 n. 66 - le cui disposizioni, col D. Lgs. 2 luglio 2010 n. 104, sono ora confluite, per quanto qui interessa, negli artt. 120-125 del c.p.a. - muta significativamente i termini della questione: vi è ora una espressa disciplina della materia, in precedenza, come si è accennato, lasciata per la gran parte alla, faticosa, ricostruzione sistematica degli interpreti.

La lettura delle nuove disposizioni ne fa subito percepire la problematicità.

Non è agevole un inquadramento teorico dei riferimenti testuali: da quello, centrale, all'*inefficacia*, sino al potere del giudice - atteggiato dal legislatore con una intensità crescente nell'art. 122, rispetto all'art. 121⁹ - di dichiarare, o meno, la detta ineffi-

cazia, se del caso limitandone la retroattività, nonché di applicare, in luogo di essa, le "sanzioni alternative" regolate all'art. 123.

Insomma, uno strumentario apparentemente connotato da una elasticità inconsueta e destinato a riproporre, sotto nuovi angoli visuali, il dibattito cui si è accennato circa la qualificazione dell'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento della aggiudicazione.

Tra gli interpreti si è in effetti subito manifestata una divaricazione di orientamenti, tra quanti vi scorgono una *inefficacia in senso stretto* - quindi una mera improduttività di effetti del contratto valido - e quanti invece ipotizzano che il riferimento testuale alla inefficacia indichi, ellitticamente, la conseguenza di una presuppunta *invalidità*¹⁰.

Si è così, in particolare, sostenuto che le disposizioni in commento regolerebbero una fattispecie di *risoluzione giudiziale*¹¹, oppure una azione costitutiva, non altrimenti qualificata, di *inefficacia successiva*¹², stanti il carattere non originario e la discrezionalità della stessa. Tale inefficacia poi, secondo altri, si articolerebbe, a seconda della gravità, nel senso della *cedevolezza* - rispetto alla regola generale posta dall'art. 121 - e, addirittura, della *facoltatività* nelle ipotesi regolate dall'art. 122¹³.

Secondo altri si tratterebbe invece di *nullità* per contrarietà a norme imperative, connotata anche dalla *illiceità* della fattispecie¹⁴, oppure circoscritta alle ipotesi più gravi dell'art. 121, dovendosi invece

vale sin quando non prevalga l'interesse pubblico sotteso al contratto, il quale diventa addirittura la regola per le opere di interesse strategico regolate dall'art. 125.

¹⁰ Emblematica di questa ambiguità la considerazione di G. TULUMELLO, *Il diritto privato della pubblica amministrazione: dalle regole di validità alle regole di responsabilità, e ritorno*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011, p. 509 ss., 528, che "il problema della sorte del contratto viene risolto così con una disciplina certamente inappagante sul piano del diritto sostanziale (l'inefficacia essendo categoria meramente descrittiva), ma sicuramente funzionale sul piano della tutela".

¹¹ F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 2011, II, p. 2646 ss., secondo il quale saremmo "al cospetto di una pronuncia 'costitutiva' riconducibile alla gamma delle risoluzioni giudiziali necessitanti di domanda di parte e non di una pronuncia dichiarativa in senso tecnico", ciò che pertanto escluderebbe la riconducibilità della inefficacia al "genus della nullità-sanzione" (ivi, p. 2650).

¹² R. CHIEPPA, *Il codice del processo amministrativo*, Milano 2010, p. 581 ss..

¹³ M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d.lgs. n. 53 del 2010*, in *Foro amm. TAR*, 2010, I, p. LV.

¹⁴ V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *www.giustamm.it*, giugno 2010.

⁴ Tra le numerose altre, Cons. Stato, 10 gennaio 2007, n. 41, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, 3, 1, p. 1076; Cons. Stato, 28 settembre 2005, n. 5194, in *Foro amm. CDS*, 2005, 9, p. 2629; Cons. Stato, 14 gennaio 2000, n. 244, in *Foro amm. TAR*, 2000, p. 108.

⁵ S. SCOCA, *Evidenza pubblica*, cit., p. 194.

⁶ Per valorizzare l'interesse del terzo ricorrente, a fronte invece della perdurante efficacia del contratto tra le parti: Cons. Stato, 27 ottobre 2003, n. 6666, in *Urbanistica e app.*, 2004, p. 190, su cui il commento di VALLA, *Illegittimità degli atti della procedura ad evidenza pubblica e conseguenze sul contratto: dall'annullabilità alla inefficacia*, ivi, p. 192 ss..

⁷ C. VARRONE, *L'invalidità del provvedimento amministrativo ed i suoi riflessi, nelle procedure ad evidenza pubblica, sul contratto concluso dalla pubblica amministrazione con l'aggiudicatario*, in *Il diritto privato della pubblica amministrazione*, a cura di P. Stanzone e A. Saturno, Padova, 2006, p. 297 ss., 328 ss..

⁸ Vedi per tutti il tentativo in tal senso di E. STICCHI DAMIANI, *La "caducazione" del contratto per annullamento dell'aggiudicazione alla luce del codice degli appalti*, in *Foro amm. TAR*, 2006, p. 3719 ss. e, ivi, nota 3, ove anche molto estesi riferimenti bibliografici.

⁹ Osserva E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 240 ss., che la regola dell'inefficacia



ripiegare sulla *annullabilità* per quelle regolate dall'art. 121, comma 2 e 122¹⁵.

A parte poi la tentazione di riproporre – argomentandola *a contrario* dalla disciplina posta dall'art. 125 c.p.a. per le controversie relative alle infrastrutture strategiche – la tesi della *caducazione*, certo oggi scarsamente plausibile proprio alla luce del disposto degli artt. 121 e 122 e probabilmente (ma con questo non intendo sporgermi in una materia che sfugge alle mie competenze) nemmeno più necessaria per risolvere i problemi di giurisdizione cui, nel previgente quadro normativo, tale qualificazione era verosimilmente funzionale.

Il problema, come si vede, non è di quelli risolvibili in chiave puramente esegetica: occorre un approccio sistematico, che torni, sia pure sinteticamente, ai principi della invalidità negoziale.

3. Segue: inefficacia, nullità e pluralità di discipline.

Il generico riferimento alla *inefficacia*, enunciato, come si è visto, nei citati artt. 121 e 122 c.p.a., ripropone al civilista una questione che ha permeato una intera stagione di studi.

Mi riferisco, principalmente, all'analogia menzione contenuta nella originaria recezione codicistica (art. 1469 *quinquies*, c.c.) della direttiva 93/13/CEE sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori e, prima ancora, nella disciplina delle clausole vessatorie posta dall'art. 1341, secondo comma, c.c..

L'esigenza di limitare la legittimazione all'azione e quella di circoscrivere la privazione di effetti alla sola clausola vessatoria o abusiva - senza travolgere l'intero contratto in pregiudizio del contraente protetto - hanno provocato, lungamente, una sorta di ripiegamento della dottrina civilistica sulla incolore figura della inefficacia.

E, certo, se la nullità venga concepita nei termini di quello che - ancora all'inizio degli anni '90 - sembrava, più che una impostazione ereditata dalla tradizione civilistica, quasi un "destino" della figura, ben si comprende che essa appaia strumento troppo rigido, e perciò inadeguato, per la qualificazione di forme di tutela articolate e gradate nei loro effetti, quali sono indubbiamente quelle che oggi ci offre il codice del processo amministrativo.

Molta strada, tuttavia, è stata fatta rispetto allo schematismo delle categorie dogmatiche della invalidità, che pure aveva dapprima ispirato i redattori del libro IV del Codice del '42 ed, in seguito, per

decenni, costituito l'unica chiave interpretativa della materia.

Non è qui possibile, per ragioni di equilibrio del discorso, compendiare i risultati degli approfondimenti che la dottrina civilistica ha dedicato alla invalidità ed alla nullità in particolare - con una attenzione cresciuta di pari passo con la evoluzione impressa all'ordinamento, specie dalla normativa di matrice europea - negli ultimi decenni.

Mi limiterò perciò a poche considerazioni, enunciate necessariamente in termini assertori, al solo fine di porre le premesse per un utile approfondimento delle specificità della materia da parte della dottrina pubblicistica.

Ricordo, in sintesi estrema, le concezioni tradizionali.

Queste - ridotte alle loro premesse essenziali - si fondavano su due idee forti e tra loro complementari.

Da un lato, la *irrelevanza* del contratto nullo, implicazione logica della presupposta *incompletezza della fattispecie*; dall'altro, quella dell'*unitario fondamento sostanziale della nullità*, nel presupposto, superiore e quasi algido, interesse pubblico, insensibile ad ogni piano di interesse concorrente o sottostante.

In breve, un appiattimento della nullità sulla diversa figura dell'*inesistenza*¹⁶ e così - già sul piano logico, ancor prima che giuridico - una piena, uniforme ed indifferenziata irrilevanza ed improduttività di effetti del contratto nullo¹⁷.

¹⁶ Senza alcuna completezza, per la matrice della dottrina tradizionale: a favore della identificazione tra nullità ed inesistenza: L. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 86; A. FEDELE, *L'invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, p. 32 ss.; F. CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1955, I, p. 210; B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, p. 66 ss.; per il progressivo distacco tra le due figure, v., invece, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 87; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986, p. 338 ss.. Per l'acuto ripensamento della materia, G. IUDICA, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973, p. 67 ss.; G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, p. 1 ss., 25 ss..

¹⁷ Del resto, fino agli anni '80, le poche - benché ovviamente già assai significative, per quanto sottovalutate - ipotesi normative nelle quali emergeva una esigenza di tutela irriducibile a quegli schemi (si pensi a discipline di settore connotate da norme nelle quali emerge la centralità dell'*inderogabilità relativa*, chiaramente incompatibile coi postulati della materia: dalle locazioni urbane, al lavoro subordinato, ai contratti agrari), venivano ancora giustificate con l'espedito della *eccezionalità*, rispetto a un modello teorico tutto pensato in una prospettiva, della quale allora non si era ancora percepita la crescente dissoluzione: quella della presupposta *unità formale del soggetto di diritto*.

¹⁵ P. CARPENTIERI, *Sorte del contratto (nel nuovo rito sugli appalti)*, in *www.giustamm.it*.



Come ho altrove più diffusamente illustrato, una tale rappresentazione concettuale si pone in contrasto con la reale complessità dell'ordinamento¹⁸.

Quest'ultimo - a considerarlo scevri da pregiudizi - ci offre invece, come subito vedremo, una pluralità di discipline del contratto nullo, gradate e differenziate in funzione della *ratio* normativa delle disposizioni volta a volta violate.

Per restare all'originario piano codicistico, si pensi ai diversi statuti di disciplina della nullità nei casi seguenti.

E' nullo il contratto *illegale*, suscettibile, tra l'altro di conversione e transazione; ed è nullo, del pari, il contratto *illicito*¹⁹, che tali effetti non produce.

E' nullo, ancora, il contratto *immorale*, il quale però può dar luogo ad una stabilizzazione degli effetti prodottisi attraverso l'esecuzione del contratto.

Ancora, è inefficace *ipso iure* il contratto nullo per la carenza degli indici esteriori di riconoscibilità del titolo, quali la forma *ad substantiam* o l'indeterminatezza del contenuto.

Diversamente, è inefficace solo *ope exceptionis*²⁰ - previo assolvimento dell'onere di allegazione di

un elemento impeditivo - il contratto che si presenti integro nella propria fattispecie costitutiva: si pensi, tipicamente, ai vizi della causa. Questi ultimi, seppur ricondotti tutti, nella prospettiva astrattizzante della fattispecie, ad altrettante carenze strutturali del negozio, possono, invece, dar luogo a distinte qualificazioni, ove dall'apprezzamento esteriore della rispondenza al tipo normativo o sociale si approfondisca il giudizio sulla causa in concreto dell'atto. Solo nella prima dimensione, infatti, la deficienza causale assume rilievo sul piano della insussistenza della fattispecie costitutiva dell'azione; mentre nella seconda, con riferimento alla funzione concreta del negozio, le circostanze - illiceità del motivo comune, frode alla legge, violenza assoluta, per definizione estranei alla fattispecie - sono destinate ad operare, *ope exceptionis*, quali *elementi impeditivi dell'azione*.

In simili ipotesi il contratto, ancorché nullo, è tanto efficace da fondare - in mancanza di eccezione - la propria azione d'esecuzione; e diventa evidente la insuscettibilità di una soluzione unitaria del secolare problema della natura dichiarativa o costitutiva dell'azione di nullità²¹.

¹⁸ Mi permetto di rinviare a G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995.

¹⁹ La contrapposizione tra norme tecniche e proibitive, se assume, nel suo schematismo, un valore certo non ontologico, ma principalmente orientativo di una plausibile partizione di massima del sistema, è tuttavia idonea a rappresentare concettualmente la possibile disformità del negozio rispetto a norme protettive di interessi non omogenei e suscettibili di tecniche di tutela differenziate (sul punto *amplius*, G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 90 ss., 101). Appare perciò condivisibile il rilievo che una volta che si prescinda dallo schema fattispecie-effetti, che induce a considerare equivalenti tutti i vizi dell'atto, "illiceità" e "mancanza di un elemento costitutivo" "presentano invece evidenti differenze per ciò che riguarda la ragione sostanziale della previsione di nullità" (così, G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., p. 131). In questo senso può dirsi che la metafora della *nullità-sanzione* e, con essa, la distinzione tra norme ordinarie e proibitive è espressione dell'ovvio rilievo che, anche in tema di nullità, ogni norma provvista di un significato ordinante comunque rappresenti un criterio di composizione di interessi. Così, se anche voglia ritenersi che norme proibitive e precettive "non obbligano diversamente" (C. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 377) e che in conseguenza la violazione della norma risulti sempre formalmente equivalente, tanto ove imponga oneri quanto ove prescriba divieti, non pare men vero che sia proprio la rilevanza del diverso interesse cui questi ultimi sottendono, ed il peculiare atteggiarsi della relativa tecnica di tutela, a fondare la pluralità di statuti della nullità.

²⁰ E' noto il sistema romano, nel quale si contrapponevano le nullità *iure civili*, operanti *ipso iure*, alle ipotesi di inefficacia *officio iudicis* dell'atto: le prime riconducibili al difetto degli *essentialia* del contratto tipico, le ultime alle *exceptiones* e *condictiones* esperibili riguardo ad atti validi *de iure civili*, per il rilievo assunto da circostanze esterne. Tale sistema ha spiegato la propria influenza sino alla soglia delle moderne codificazioni, quando, già col *Code Napoléon*, i vizi del volere e della causa, in precedenza rilevanti solo a posteriori, divengono elementi

organici, seppure, quanto alla causa, non necessariamente espressi dell'atto. Tale processo viene portato ai suoi esiti estremi dal codice del '42, col quale si realizza, almeno a livello normativo, l'assorbimento, all'interno della fattispecie, di elementi e circostanze che in precedenza ne restavano al di fuori. Del resto, il superamento della tipicità e del formalismo postulavano una nuova forma di controllo sull'atto negoziale: funzione cui ha assolto, pur nelle sue distinte e controverse accezioni, il requisito causale. Questo, divenuto elemento della fattispecie, cessava di essere presupposto di semplici *exceptiones* e *condictiones* e veniva ad investire, grazie alla efficacia reale del consenso ed alla commistione tra *titulus* e *modus acquirendi*, anche l'atto traslativo. In tale innovato contesto, il sistema delle invalidità risultava profondamente trasformato e, quanto alla nullità, ridotto al paradigma logico dell'inesistenza dell'atto per mancanza dei suoi *essentialia*. Si assiste così ad una frattura - operata con successive sovrapposizioni normative e concettuali, giunte da ultimo a compiutezza nelle declamazioni codicistiche - del sistema romanistico delle *condictiones*; parte delle quali viene ridotta allo schema della nullità *ipso iure*, lasciando alle altre il compito di dar conto della moderna disciplina dell'annullamento, rescissione e risoluzione: sul punto, v. ancora G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 102 ss. Sull'intera vicenda, in ampio arco temporale, per tutti, FERRARA F. *sen.*, *Teoria del negozio illecito*, Milano, 1902, p. 276 ss.; G. ZANI, *L'evoluzione storico-dogmatica dell'odierno sistema dei vizi del volere e delle relative azioni di annullamento*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1927, p. 335 ss.; G. GORLA, *L'atto di disposizione dei diritti*, Perugia, 1936, p. 3 ss., 54 ss.; M. GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 550 ss.; G. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, I, Milano, 1953, p. 13 ss., 22 ss., 462 ss.; G. FILANTI, *Inesistenza e nullità*, cit., p. 124.

²¹ Al di là delle declamazioni normative e delle sovrapposizioni concettuali, viene così a perpetuarsi nelle regole operative - nel suo nucleo di meno contingente sostanza - la disciplina consegnata dalla tradizione romanistica delle *exceptiones* e *condictiones*, su cui vedi *supra* nota 20.



In modo del tutto simile rilevano i casi di collegamento negoziale: ove risulti illecita la funzione complessiva dell'operazione, nonostante ciascun termine del collegamento sia, in sé, perfetto nei propri elementi strutturali e lecito quanto alla propria causa, *isolatamente* considerata²². Per queste ipotesi - una volta esclusa l'artificiosa costruzione di una superiore fattispecie che riassume in sé i distinti termini dell'operazione - l'assorbimento della causa all'interno degli *essentialia* del negozio, già di dubbia coerenza sul piano logico rispetto al giudizio di validità del singolo tipo negoziale, diviene del tutto inutilizzabile.

In breve, già nell'impianto del codice del '42, risultano positivamente attestate la *pluralità di discipline* dell'atto nullo, la *correlazione di esse ai diversi interessi protetti* e la *non unitarietà* della qualificazione - dichiarativa o costitutiva - della relativa azione²³.

4. Segue: le nullità speciali.

E' in questo contesto che si collocano, alimentandolo ulteriormente, le *nullità speciali*, locuzione con la quale ho intitolato una monografia del 1995 e che ha avuto un'eco insperata nelle molte rielaborazioni successive.

A questa figura - in linea con la ricostruzione generale dei *contratti di diritto pubblico* come di-

²² La funzione complessiva dell'operazione risulta dal collegarsi dei vari termini negoziali e, quindi, per definizione, da un *nesso estrinseco* rispetto alla fattispecie di ciascun contratto collegato: risulta perciò inidonea ogni valutazione condotta sul solo dato strutturale di ciascun singolo negozio (cfr., M. NUZZO, *Negozi illeciti*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 7 ss.; e in generale M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1937, p. 55 ss.; N. GASPERONI, *Collegamento e connessione tra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, p. 386 ss.; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 182 ss.).

²³ Per questa impostazione, G. FILANTI, *Inesistenza e nullità*, cit., p. 91 ss., che rileva la erroneità della riduzione del giudizio di nullità al paradigma chiovendiano dell'azione di mero accertamento, la quale è piuttosto modellata sul giudizio di inesistenza. In realtà, l'azione di nullità *non è volta a rimuovere l'incertezza tramite l'accertamento, bensì a rimuovere l'affidamento che l'atto ingenera circa la propria idoneità a produrre effetti ogni volta in cui esso integri gli elementi costitutivi della propria azione d'esecuzione*: quest'ultima deve contrastarsi in via d'eccezione e non di mera difesa, non bastando la negazione del fatto costitutivo ed occorrendo la allegazione di un fatto impeditivo. In senso sostanzialmente conforme, G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, p. 65 ss.; R. TOMMASINI, voce *Nullità*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 890. Fa eco a tale impostazione la più autorevole dottrina processualciviltistica: cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela di mero accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, p. 665 ss.; ID., *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 60 ss.

disciplina *speciale*²⁴ - anche una parte della dottrina che si è occupata dei contratti soggetti ad evidenza pubblica ha riservato una certa attenzione, a partire almeno da uno scritto del professor Moscarini del 1999²⁵.

Il discorso sulla specialità di disciplina di talune nullità, connotate da significative deroghe rispetto alla disciplina generale dell'istituto - in questi anni come sappiamo moltiplicatesi in modo davvero notevole²⁶ - sorge e si sviluppa nel medesimo contesto presupposto dalla Direttiva "ricorsi" del 2007: *il mutare dell'ordine pubblico economico, per effetto di una costante linea di intervento delle fonti europee*.

Il mutamento ha investito, rimodellandolo, l'intero settore della contrattazione tra imprese e consumatori, tra imprese in rapporti asimmetrici di potere ed, ora, tra imprese e pubblica amministrazione.

Per le molte nuove fattispecie si è così posto il problema della rilevanza ascrivibile, in punto di disciplina e in specie di integrazione analogica di que-

²⁴ E' questa la convincente prospettiva, sostenuta ben prima delle novità del c.p.a., che ne confermano la fecondità, da C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit..

²⁵ L.V. MOSCARINI, *La nullità speciale del contratto stipulato in esecuzione di un provvedimento di gara annullato per illegittimità*, in *Diritto privato e interessi pubblici*, Milano, 2001, I, p. 387 ss.; ID., *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, cit., p. 597 ss.. In tale prospettiva, V. LOPILATO, *Categorie contrattuali*, cit., p. 15 ss., secondo il quale, nella specie sussiste una nullità speciale per violazione di norme imperative, quindi una vera e propria nullità-sanzione, connotata da un "disvalore per violazione dell'ordine pubblico che determina la illiceità del contratto" (*ivi*, p. 18).

²⁶ Spetta anzitutto a leggi di grande rilievo sistematico degli anni '90 dare impulso al cambiamento: dal T.U. bancario (D.lgs. 1° settembre 1993, n. 385) al T.U. della intermediazione finanziaria (D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), dal vecchio capo XIV bis del codice, ora confluito nel Codice del Consumo (D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), alla disciplina della subfornitura (L. 18 giugno 1998, n. 192). Dal 2000 in poi, si susseguono normative di ogni genere, tutte di rigorosa derivazione comunitaria, destinate a dettare discipline di settore: da quella concernente i ritardi di pagamento (D.l. 9 ottobre 2002, n. 231, art.7), a quella sugli immobili da costruire (D.l. 20 giugno 2005, n. 122, art. 2), sino all'art. 167 del nuovo Codice delle Assicurazioni del 2005 (D.P.R. 18 luglio 2006, n. 254). Nelle varie fonti, senza ora entrare nel dettaglio, vi è diffuso impiego di tre strumenti innovativi: i) la c.d. *inderogabilità relativa*, conseguente a norme imperative che correlano la nullità alla sola deroga *in peius* della disciplina posta dalla legge a tutela di una delle parti contraenti; ii) la *legittimazione relativa* (già prevista, in astratto, dall'inciso iniziale dell'art. 1421 c.c.) del solo contraente protetto, abbinata o meno in modo espresso alla rilevabilità d'ufficio nell'interesse di quest'ultimo; iii) la *nullità necessariamente parziale*, laddove si prevedono nullità connotate da una necessaria parzialità, poiché affrancate dall'inadeguato criterio dell'intento ipotetico delle parti, posto dall'art. 1419, primo comma, c.c., anche quando non trovino applicazione norme imperative sostitutive.

sta, al peculiare atteggiarsi del fondamento sostanziale della previsione di nullità.

Ciò in considerazione della verificabile omogeneità delle *rationes* protettive delle varie normative. In esse risalta in modo uniforme il perseguimento *mediato* di una tutela oggettiva del *mercato*, attraverso la protezione *immediata* di *uno dei contraenti*, considerato portatore di un interesse non episodico ma a carattere seriale o di categoria²⁷.

Nel concorso delle considerazioni sopra svolte circa la pluralità di fondamenti e di discipline delle nullità già esistenti all'interno del codice, la sicura ascrivibilità delle c.d. nullità di protezione ad un coerente quadro di ordine pubblico economico, consente di *escluderne*, in prospettiva assiologica, *ogni eccezionalità*.

Esse sono, perciò, disciplina *speciale* del contratto, in ragione delle peculiarità soggettive di una delle parti, alle quali determinati indici normativi attribuiscono rilevanza. Si tratta, in effetti, di situazioni nelle quali ricorre, in modo omogeneo, uno squilibrio strutturale – cioè tendenzialmente seriale – del potere formativo del contratto.

Sicché la nullità speciale, ove, come in simili casi, abbia natura di protezione, è strumento di riequilibrio delle condizioni che impediscono il corretto esplicarsi del potere di autonomia, il quale trova nella presupposta uguaglianza sostanziale delle parti, ad un tempo, fondamento e limite.

Una volta riconosciuto il carattere speciale di simili disposizioni – in particolare in punto di *relatività* della legittimazione e di *parzialità necessaria* in deroga all'art. 1419 – diviene del tutto consequenziale farne impiego analogico per altre fattispecie di nullità testuale, che siano omogenee nella *ratio* ma prive di disciplina, nonché per fondare, in via interpretativa, la nullità virtuale nei casi di norme imperative, anch'esse di protezione, ma prive di espressa comminatoria di invalidità.

5. La nullità come disciplina del contratto rilevante ma qualificato negativamente.-

La disciplina codicistica e la legislazione speciale convergono dunque nello smentire sia l'idea della unicità funzionale della nullità, sia quelle della irrilevanza del negozio nullo e della uniformità di disciplina della figura, che viene anzi a riportare il proprio concreto atteggiarsi alla *ratio* normativa.

Si potrebbe, tuttavia, obiettare che – una volta esclusa la possibilità di cogliere il nucleo concettua-

le della figura, avvalendosi ora della scomposizione analitica della fattispecie, ora della non verificabile identità di trattamento nelle varie ipotesi, ora della sua supposta unitarietà di fondamento – si smarrisca il senso dell'unità dell'istituto. La nullità – priva di un proprio riconoscibile contenuto, a causa del frammentarsi delle sue discipline – assumerebbe tratti tanto indeterminati da renderne impercettibili i segni distintivi rispetto alla generica inefficacia. *Insomma, una parabola tragica: dalla ipertrofia alla morte dell'istituto.*

Le cose, però, non stanno così.

Il frammentarsi della nullità in una pluralità di discipline postula, è vero, il recupero di un modello costruttivo che precisi le condizioni minime di impiego della figura, altrimenti ridotta ad una espressione sempre più asemantizzata ed, in definitiva, inutilizzabile ai fini, pratici, del diritto.

Per superare questo ostacolo è utile allora ricordare quale sia la peculiarità del contratto, rispetto agli altri atti giuridici: esso è un *atto di privata autonomia*²⁸, provvisto, in via di principio, di *forza di legge od efficacia* vincolante, idoneo perciò alla produzione di effetti tendenzialmente corrispondenti al contenuto negoziale.

Mentre gli effetti finali sono propri di tutti gli atti giuridici, compresi ovviamente quelli negoziali, solo per questi ultimi si apprezza ed assume rilevanza costruttiva la dicotomia tra *efficacia* ed *effetti*.

La invalidità designa il *non valere* del regolamento come *atto di autonomia*: il *proprium* della invalidità è la negazione della *efficacia negoziale*²⁹.

Detto altrimenti, il regolamento, ove esistente, quindi rilevante e tuttavia invalido, non assume – seppure con una graduabilità rimessa alla valutazione normativa³⁰ nelle diverse specie della nullità, della annullabilità e della rescindibilità – carattere vincolante, in ordine alla realizzazione di effetti finali coerenti con quelli regolati dalle parti nel contratto. Da questo punto di vista, la nullità non designa uno spazio vuoto giuridicamente – come evocerebbe l'idea di incompletezza della fattispecie – né presuppone una disciplina sempre uguale a se stessa, come condurrebbe a ritenere la asserita unitarietà di fondamento sostanziale della figura.

Essa indica, piuttosto, una *disciplina del contratto rilevante* che, per la *qualificazione negativa* dell'assetto di interessi con esso realizzato, viene

²⁸ G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1991, p. 1 ss.

²⁹ Per tutti, C. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 263 ss., 268 ss.; G. MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, pp. 60-61.

³⁰ G. BENEDETTI, *Negozio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 573 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 380.

²⁷ Un simile interesse aspira evidentemente ad un grado di *effettività* che la semplice disciplina dell'annullabilità, connotata da una piena disponibilità a posteriori per la parte, non consente.



privato - in modo più o meno intenso, o più o meno esteso - della propria idoneità a fungere da autoregolamento.

E ciò del tutto a prescindere dalla possibile produzione di effetti finali parziali, potenzialmente provvisori, od anche, sul piano empirico o psicologico, contrastanti con le determinazioni dell'autonomia delle parti³¹.

6. La nullità speciale del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Domandiamoci, a questo punto, se l'aver individuato, e concepito in termini di *specialità* - come articolazioni di trattamento della invalidità, in un coerente quadro di ordine pubblico economico ed in funzione delle strutturali peculiarità soggettive di una delle parti contraenti - una pluralità di discipline dell'atto nullo, possa assumere rilievo ai fini di un corretto inquadramento della c.d. *inefficacia* dei contratti soggetti ad evidenza pubblica.

L'interesse alla salvaguardia delle corrette condizioni concorrenziali, che certamente sottende alla Direttiva ricorsi del 2007, costituisce il fondamento della peculiare inefficacia disciplinata dal codice del processo amministrativo.

Per converso, una pluralità di interessi pubblici di diversa natura fonda i temperamenti alla detta inefficacia, disposti in evidente crescendo dagli artt. 121-122 c.p.a., sino a culminare nella netta prevalenza *dell'interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera* per i contratti concernenti la realizzazione delle infrastrutture strategiche di cui all'art. 125 c.p.a..

In tale contesto, una interpretazione assiologicamente orientata delle disposizioni in commento consente di cogliervi un *divieto* di stipulare il contratto in violazione delle regole di evidenza pubblica, poste a presidio della scelta del contraente³². Divieto che, evidentemente, si colloca in un quadro di ordine pubblico economico pervasivamente disegnato dalle fonti europee e dalla conseguente normativa d'attuazione.

Non è quindi dubbia la *qualificazione negativa* dell'assetto di interessi realizzato col contratto vietato.

Anzi, la conferma di ciò si trae, in modo solo apparentemente paradossale, proprio dalle "*sanzioni*" alternative disposte dall'art. 123 per le ipotesi nelle quali, nonostante le violazioni, "*il contratto*

sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata".

E' pacifico dunque che le varie conseguenze previste dalla norme in questione - dalla inefficacia alle sanzioni alternative - costituiscano appunto *sanzioni* per la violazione di un divieto.

La espressa comminatoria di inefficacia del contratto - cioè la testuale incidenza, benché temperata, delle "violazioni" del divieto sulla efficacia del contratto - consente di escludere che si tratti di semplici regole di condotta e non di validità, secondo la nota, certamente rilevante ma (come dimostra anche questo caso) sopravvalutata dicotomia, che in definitiva lascia in ombra le molte e plausibili ragioni in base alle quali, non da oggi, si ammette la diffusa presenza nel sistema di vere e proprie *nullità-sanzione*.

La qualificazione negativa del regolamento contrattuale pone altresì fuori campo ogni possibile ricostruzione della disciplina in chiave di *condicio juris* della efficacia del contratto. E, più in generale, il concorso tra la qualificazione negativa anzidetta e l'incidenza della violazione sulla efficacia del contratto, mentre esclude che la "inefficacia" possa reputarsi tale solo in senso stretto, correlativamente impone di qualificarla come conseguenza di una invalidità del contratto.

D'altra parte, l'incidenza (che in taluni casi assume persino rilievo dirimente, ai fini della dichiarazione di inefficacia) assunta dall'interesse del concorrente a conseguire l'aggiudicazione del contratto, assieme alla ascrivibilità di tale interesse ad un coerente quadro di ordine pubblico economico europeo, consentono di escludere la riconduzione della invalidità in questione allo schema della annullabilità.

Restano, certo, le indubbie peculiarità di disciplina della pronuncia di *inefficacia* in questione, rispetto ai caratteri generali dell'azione di nullità.

Ove una coerenza sistematica fosse indimostrabile, non resterebbe che aderire alle tesi che vorrebbero del tutto autonoma - rispetto alla disciplina civilistica del contratto - questa forma di inefficacia, ora espressamente contemplata per il solo contratto pubblico.

Questo esito tuttavia - per quanto evidenti siano le peculiarità della disciplina in questione - mi appare tutt'altro che scontato, ove si faccia un *corretto e aggiornato impiego della categoria civilistica della nullità*.

A questo punto - per chi condivide quanto ho in precedenza sommariamente ricordato circa l'attuale sistema delle invalidità civilistiche - è agevole scorgere la linea argomentativa che consente di superare questa residua perplessità, optando senz'altro per la

³¹ G. BENEDETTI, *Profili civilistici dell'interposizione nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, I, p. 1555.

³² P. CARPENTIERI, *op. loc. cit.*, nota 6; Cass. 16 febbraio 2010, n. 3672, in *Foro it.*, 2010, V, 1439.



qualificazione in termini di *nullità speciale* dei contratti in questione.

Infatti:

- non osta alla configurabilità di una nullità la necessità di apprezzamento giudiziale *a posteriori* della situazione di fatto ad essa presupposta: ciò è quanto avviene comunemente. Si pensi al giudizio sulla sussistenza di una illiceità della causa in concreto, oppure di un significativo squilibrio che determini la vessatorietà di una clausola, od ancora di un abuso di dipendenza economica agli effetti dell'art. 9 della legge sulla subfornitura. Pochi esempi, tra i tanti, che però evidenziano in qual senso la inefficacia in questione non sia affatto *facoltativa*, giacché il giudice può, e quindi deve, dichiararla salvo che sussistano i diversi e prevalenti interessi pubblici che giustificano la validità del contratto;

- non osta alla nullità la circostanza che il giudice, nel dichiarare la nullità, ne *commisuri la estensione* in funzione della *ratio* del divieto e dei limiti sistematici che incontra la sua tutela in forma specifica. Si pensi, solo per fare un parallelo, al potere del giudice di dichiarare se la nullità parziale si propaghi o meno all'intero contratto, ai sensi dell'art. 1419, sulla base di un suo apprezzamento in concreto³³;

- non osta, ancora, alla nullità la circostanza che, sempre in conformità alla *ratio* del divieto, debba³⁴ limitarsi la legittimazione alla azione di inefficacia al solo concorrente che intenda conseguire la aggiudicazione, oppure, in negativo, semplicemente escludersi la legittimazione del primo aggiudicatario. Si pensi al già ricordato diffusissimo impiego di nullità, *ripeto speciali e non eccezionali*, a legittimazione relativa, limitata al solo contraente protetto;

- non osta alla nullità la delimitazione temporale della inefficacia, con esclusione cioè della sua retroattività, sulla base di un apprezzamento in concreto, da parte del giudice, della idoneità della estensione temporale della inefficacia a realizzare l'obiettivo di tutela presidiato dalla norma. Si pensi alla disciplina del contratto di lavoro (art. 2126), ove la retroattività o meno della dichiarazione di nullità è legata alla valutazione giudiziale della illiceità dell'oggetto o della causa;

- non osta alla configurazione di una nullità la possibile natura costitutiva della pronuncia, poiché tale dato, anche per quanto detto con riferimento alle nullità che operano *ope exceptionis*, risulta ampiamente sopravvalutato a livello sistematico.

In sintesi,

- data la mancanza di reali ostacoli sistematici,
- assodata la compresenza, a fianco del regime generale della nullità codicistica, di una pluralità di statuti dell'atto nullo in ragione della *ratio* volta a volta sottesa al precepto violato,
- Verificata, infine, la rilevanza attribuita dalle norme in oggetto alla specialità del contratto a evidenza pubblica, tutto sembra deporre nel senso di una *nullità speciale*.

Ed il trattamento di questa - per quanto non diversamente regolato, in modo espresso o implicito - dovrà essere ricostruito in conformità alla *ratio* di ciascuna disposizione violata ed ai principi della materia, secondo il rapporto consueto che regola i conflitti tra legge speciale e generale.

Ne risulta così avvalorata la prospettiva di chi ha efficacemente sostenuto che, nella disciplina dei contratti della pubblica amministrazione "*il peculiare carattere di uno dei soggetti, la pubblica amministrazione, influenza la natura, e quindi anche il trattamento dell'intera fattispecie, secondo uno schema logico simile a quello proprio del cd. diritto dei consumatori e dei risparmiatori: lo schema logico che fa dipendere la natura, e quindi il trattamento, del contratto, dalla peculiarità del soggetto*"³⁵.

E ne risulta evidentemente confermata, in termini più generali, la centralità della concretizzazione delle regole, nel rapporto tra "*eguaglianza e singolarità*"³⁶.

Sul piano applicativo e per concludere, la qualificazione della inefficacia in questione come *nullità speciale*, potrà fondare l'applicazione delle regole generali *che non risultino in contrasto* con la *ratio* delle relative disposizioni. Così, ad esempio³⁷,

- i) potrà sostenersi la rilevabilità d'ufficio della nullità, sia pure - *ma, sul punto, la riflessione è tutta da cominciare* - con un dosaggio disomogeneo in funzione della ponderazione tra la generale esigenza di *effettività*³⁸ della tutela e il gradato

³⁵ L.V. MOSCARINI, *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, cit., p. 606; e vedi ancora, in termini generali circa la specialità di disciplina del contratto della p.a., C. MARZUOLI, *Principio di legalità*, cit..

³⁶ G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *Persona e Mercato*, 2012, 1.

³⁷ Lascio - per ovvie esigenze di competenza - ai cultori del diritto amministrativo valutare se sussistano, nel contesto delle fonti e dei principi della materia, anche i presupposti per una estensione, per analogia *legis* o *juris*, vuoi della qualificazione in termini di nullità, vuoi della speciale disciplina di questa come regolata dagli artt. 121 e 122 c.p.a., alle fattispecie contrattuali estranee all'ambito di applicazione di tali disposizioni.

³⁸ Il profilo della effettività della tutela è centrale per le normative di matrice comunitaria: cfr. per tutte, Corte giust. Ce, 27

³³ In questo senso, già P. CARPENTIERI, *op. loc. cit.*, p. 13.

³⁴ ove ciò si reputi appropriato, secondo analogia *juris*, nella ricostruzione della *ratio* delle norme in commento.



rilievo assunto dall'interesse del ricorrente nelle differenti fattispecie regolate negli artt. 121 e 122 ;

ii) dovrà escludersi la sussistenza di un generale diritto potestativo di convalida da parte del contraente pubblico³⁹;

| 130 sarà preclusa, ove la fattispecie presenti in concreto anche i tratti della *illiceità*, la conversione del contratto o la transazione, anche novativa, sulla nullità del medesimo.

giugno 2000, C-240/98 - C-244/98, *Océano Grupo Editorial*, in *Europa dir. priv.* 2000, p.1174; Corte giust. Ce, 21 novembre 2002, C-473/00, *Cofidis SA*, in *Racc.* p. I-10875; Corte giust. Ce, 26 ottobre 2006, C-168/05, *Mostaza Claro*, in *Racc.* p. I-10421; Corte giust. Ce, 4 ottobre 2007, C-429/05, *Rampion*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 2, p. 202.

³⁹ salvo che sussistano “norme eccezionali che specificamente la prevedano”, cfr. L.V. MOSCARINI, *Profili civilistici del contratto di diritto pubblico*, cit., p. 212.



DIRITTI E COESIONE SOCIALE.

Di Giuseppe Grisi

SOMMARIO: 1. Il rilievo giuridico del concetto di coesione sociale. – 2. La valenza del concetto nell'evoluzione del dato normativo. – 2.1. Le importanti novità legate al Trattato di Lisbona. L'economia sociale di mercato. – 3. Coesione sociale e giustizia distributiva.

1. Il rilievo giuridico del concetto di coesione sociale

Mutuo il titolo del presente contributo dal tema di un recente seminario fiorentino, al quale ho avuto l'onore di partecipare¹; e confesso di aver resistito alla tentazione di sostituire o aggiungere al termine “diritti” la parola “mercato”, che pure sarebbe stata conferente, per evitare che l'approccio potesse apparire eccessivamente sbilanciato sul versante economico. Tengo subito, altresì, a precisare – per dimensionare i problemi indagati e le soluzioni da ricercare – che la riflessione cui mi accingo, al pari di quella svolta a Firenze, varca lo stretto orizzonte domestico per investire il diritto dell'UE allo stato attuale della sua evoluzione². Quanto alle “embrionali” considerazioni qui consegnate, nella loro elaborazione ho tratto spunti da uno scritto – assai stimolante – diffuso proprio in previsione dello svolgimento dell'incontro seminariale³.

¹ Il convegno si è tenuto l'8 e il 9 giugno 2012 nella prestigiosa sede di Palazzo Strozzi dell'Istituto Italiano di Scienze Umane. Giuseppe Vettori ha coordinato, da par suo, i lavori.

² Il che non deve, tuttavia, far pensare che non esista, in Italia, un problema di “diritti” e “coesione sociale”. E' vero, invece, il contrario, soprattutto nella crisi che attualmente il Paese vive; e trattasi – va anche notato – di un problema che, da noi, si manifesta anche in forme peculiari e specifiche, estranee o non paragonabili a quelle registrabili in altri Paesi.

³ Lo scritto di cui trattasi, intitolato “Diritti e coesione sociale. Appunti per il seminario fiorentino del giorno 8 giugno 2012”,

Non per piaggeria sottolineo la felice scelta del tema, opportuna anche perché consente di mettere a fuoco un concetto che, pur presente da tempo nello scenario normativo europeo, il giurista ha sinora un po' trascurato, forse convinto della sua scarsa pregnanza giuridica o della sua attinenza ad altri ambiti scientifici. Parliamo del concetto di coesione sociale, del quale, invece, per diverse ragioni⁴, è bene che anche il cultore e l'operatore del diritto prendano seriamente ad interessarsi.

Sarebbe miope considerare la coesione sociale una nozione giuridicamente irrilevante e a testimoniare che le cose stanno ben diversamente è la sua presenza – e con un peso, come vedremo, tutt'altro che marginale – nell'impianto normativo dei Trattati, a partire da quello istitutivo dell'Unione Europea firmato il 7 febbraio 1992. Il fatto che nel Trattato CE, prima di Maastricht, la coesione sociale non avesse evidenza normativa rende la sua introduzione ancor più significativa e stimola ad indagare sulle ragioni che ad essa presiedono.

è redatto da Giuseppe Vettori e pubblicato nel n. 1 dell'anno 2012 della rivista periodica on-line www.personaemercato.it, dallo stesso A. fondata e diretta.

⁴ E, fondamentalmente, per il bene dell'Europa, alle prese con le grandi difficoltà che attualmente vive il processo di integrazione.

2. La valenza del concetto nell'evoluzione del dato normativo.

| 132

La coesione sociale fa, quindi, la sua comparsa nell'art. B del Trattato di Maastricht⁵, nel quadro del primo – e, perciò, principale – obiettivo della nascente Unione Europea, cioè la promozione di “un progresso economico e sociale equilibrato e sostenibile”; promozione, che – recita l'articolo – deve attuarsi “mediante la creazione di uno spazio senza frontiere interne, il rafforzamento della coesione economica e sociale e l'instaurazione di un'unione economica e monetaria che comporti a termine una moneta unica, in conformità delle disposizioni del presente trattato”.

Dunque, coesione economica e sociale al servizio del progresso economico e sociale, in uno scenario proiettato verso l'unificazione, oltre che economica e monetaria, anche territoriale. Non bisogna, poi, dimenticare il Titolo XIV del Trattato istitutivo della Comunità Europea, aggiunto ad opera del trattato di Maastricht, che riguarda proprio la “Coesione economica e sociale”, connessa alla riduzione del divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni e al finanziamento di politiche e azioni comunitarie utili a questo fine.

Il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 non apporta, sul punto, nessuna sostanziale novità. Confermato è l'insieme degli obiettivi dell'UE – ivi compreso il richiamo, nella stessa posizione preminente già rivestita, alla “coesione economica e sociale” – con un'aggiunta, invero, degna di nota, che è quella che identifica, quale obiettivo, la conservazione e lo sviluppo dell'Unione “quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia”; un inserimento, questo, importante, non solo in sé e per sé e in quel momento storico, ma anche alla luce degli sviluppi successivi, compresi quelli ultimi legati all'entrata in vigore, il 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona.

Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'UE proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, non nel Preambolo⁶ ma nell'art. 36, fa cenno alla coesione, questa volta qualificata “sociale e territoriale”: l'assenza dell'aggettivo “economica” non è frutto di

⁵ Neanche nella Carta Sociale Europea – importante convenzione del Consiglio d'Europa avente riguardo ai diritti economici e sociali adottata nel 1961 – non era presente alcun riferimento alla coesione. Lo stesso dicasi, peraltro, con riguardo alla versione riveduta della stessa Carta, che è stata aperta alla firma degli Stati membri del Consiglio d'Europa, a Strasburgo, il 3 maggio 1996.

⁶ Dove, tuttavia, nel dar senso all'Unione, si sottolineano – proprio in esordio – la volontà dei “popoli d'Europa” di “creare un'unione sempre più stretta” e la decisione “di condividere un futuro di pace fondato su valori comuni”. Si noti anche, il richiamo all'impegno dell'Unione volto alla creazione di “uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia”.

dimenticanza, ma si giustifica alla luce dell'oggetto della disposizione⁷ e del contesto ove essa è collocata⁸.

Il recente Trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007 segna una chiara discontinuità. I suoi effetti sono arcinoti e non devono, qui, essere ricordati; solo interessa far notare la ridefinizione del piano degli obiettivi dell'Unione Europea, ora consegnati all'art. 3 del Trattato UE. Non siamo in presenza di una mera riscrittura del precedente art. 2, ma di un mutamento qualitativo e sostanziale che emerge da diversi dati. Cerchiamo di mettere a fuoco i più rilevanti.

2.1. Le importanti novità legate al Trattato di Lisbona. L'economia sociale di mercato.

Il primo dato nuovo si lega all'identificazione dell'obiettivo che, nel citato art. 3, primeggia tra gli altri e che non è più correlato al “progresso economico e sociale equilibrato e sostenibile”, ma è così rappresentato: “L'Unione si prefigge di promuovere la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli”. Ci si muove in un orizzonte che, per il richiamo alla “pace” (senza aggettivi), ai “valori” (nella loro pluralità) e al “benessere” (che è concetto lato e, comunque, non equipollente a quello di “progresso economico e sociale”), sembra assai più vasto rispetto al precedente⁹: se la prospettiva dominante era, prima, quella “dinamica”, legata al “progresso”, alla crescita economica ancorché “equilibrata e sostenibile”, quella ora privilegiata si correla a valori non aventi valenza strettamente economica, segnala cioè il definitivo distacco dall'idea dell'Unione quale Comunità economica. Trova anche in ciò traduzione il dettato del § 1 dell'art. 1 Tratt. UE, ov'è sancito che la “Unione sostituisce e succede alla Comunità europea”.

In coerenza con quanto ora rilevato, il § 2 dell'art. 3 Tratt. UE assegna una collocazione ben più evidente di quella prima attribuita alla dimensione dell'Unione quale “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” e, collegato a questa (e non più alla promozione del “progresso economico e sociale”), compare il riferimento all'assenza di frontiere interne.

⁷ Essa riguarda l'accesso ai servizi d'interesse economico generale.

⁸ L'art. 36 è ricompreso nel Capo IV, dedicato alla “Solidarietà”.

⁹ Si noti anche il riferimento a temi – la pace, i valori – costituenti l'asse portante della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.



L'obiettivo economico non è più in posizione apicale, ma resta, ovviamente, centrale. Ad esso fa richiamo il § 3, impiegando formule letterali che non costituiscono certo fedele riproduzione di quelle in precedenza adottate. Del termine "progresso" rimane traccia, ma lo troviamo associato unicamente alla qualificazione "sociale" e posto in relazione con "un'economia sociale di mercato fortemente competitiva". Quest'ultima espressione è degna di nota, giacché compare menzionata per la prima volta e in un contesto delimitato da concetti – quali quelli di "sviluppo sostenibile", di "crescita economica equilibrata", di "stabilità dei prezzi", di "piena occupazione" e, novità significativa, di "tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente" e promozione del "progresso scientifico e tecnologico" – che valgono, in qualche modo, a precisarne il significato¹⁰. Fondata è, dunque, l'impressione di essere al cospetto di una formula letterale che, lungi dall'essere vuota di significato o solo genericamente programmatica, sembra coniatata per rappresentare un modello economico da seguire.

Aiuta a definirne ancor meglio l'essenza il § 3 dell'art. 3 Tratt. UE, il quale enuncia, contaminati con il dato "economico", altri obiettivi che economici (o strettamente tali) non sono: ciò pare, infatti, emblematicamente assecondare la vocazione più autentica dell'economia sociale di mercato, che trova espressione in una strategia inclusiva di valori sociali e personalistici nella trama del tessuto economico, nell'idea – potremmo dire – di una "concorrenza umanizzata", nel riconoscimento della "protezione sociale" quale fattore integrante il sistema del diritto primario dell'UE¹¹. Sono da interpretare in questa chiave i richiami all'esclusione sociale e alle discriminazioni, che l'Unione è chiamata a combat-

tere per veder affermate "la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore"; e nella stessa luce va letto l'imperativo a promuovere la coesione – non più solo economica e sociale, ma altresì "territoriale" – e la solidarietà tra gli Stati membri. I valori sin qui considerati contribuiscono a definire in positivo le coordinate di "un'economia sociale di mercato", sono interni al modello configurato di un'economia, libera di svilupparsi¹², ma nel rispetto della diversità culturale e linguistica e del patrimonio culturale europeo.

La serie di dati, anche tra loro eterogenei, confluenti nel grande progetto dell'economia sociale di mercato trova ulteriore arricchimento nel catalogo di valori enunciati nel § 5 dell'art. 3 Tratt. UE, i quali – è vero – sono affermati e promossi dall'Unione nelle relazioni con il resto del mondo, ma nondimeno costituiscono patrimonio dell'UE, sono "suoi valori ed interessi": alcuni compaiono ribaditi (la pace, la sicurezza, ecc.), altri sono menzionati per la prima volta nel *cahier* degli obiettivi (si vedano l'eliminazione della povertà e la tutela dei diritti umani) ma non per questo sono da ritenere estranei al contesto dianzi tratteggiato.

Non sarebbe, probabilmente, corretto far coincidere col Trattato di Lisbona l'epifania dell'economia sociale di mercato e nemmeno può dirsi che quest'ultima sia univocamente correlata al passaggio dalla CE all'UE. Invero, si parla non da ora di economia sociale di mercato e in relazione a schemi che non rispondono ad un unico modello di riferimento¹³; anche l'art. 3 del Tratt. UE, peraltro, con questa realtà fa i conti, là dove parla di "un'economia sociale di mercato fortemente competitiva". Ciò posto, non deve pensarsi che il novero dei paradigmi ad essa associabili ricomprenda solo quelli sin qui conosciuti o sperimentati. L'eredità del passato non va dispersa, ma far tesoro del patrimonio acquisito non significa prestare ad esso ossequio incondizionato: è, invece, doveroso andare ol-

¹⁰ Taluni di detti concetti – è interessante notarlo – sono anche presenti nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e il dato, a tacer d'altro, testimonia l'esistenza di un nesso tra questi ultimi e la dimensione più strettamente economica; nesso, che l'economia sociale di mercato riconosce e valorizza, anche sul fronte dei diritti sociali. Sicché – in definitiva – la virtuosa esplicazione del libero gioco concorrenziale è fattore che agevola la realizzazione dei diritti fondamentali e dei diritti sociali. Ciò non significa escludere che tra l'una e l'altra possa insorgere conflitto, che nella realtà dei fatti capita anzi sovente di osservare; ma questo dimostra che un mercato socialmente giusto ed efficiente non può che inverarsi nel rispetto di regole giuridiche volte ad assicurare la corretta competizione e la rimozione delle distorsioni e imperfezioni che in esso abbiano a manifestarsi, di guisa che quel conflitto semmai rivela l'assenza o l'inadeguatezza di dette regole e, visto che un mercato libero da queste ultime non esiste né è mai esistito, non può certo dirsi sintomatico dell'incompatibilità tra mercato e benessere sociale.

¹¹ Si vedano, al riguardo, le conclusioni presentate il 5 maggio 2010 dall'Avvocato Generale Pedro Cruz Villalón nella causa C-515/08 (*Santos Palhota e altri*), decisa dalla Corte di Giustizia con sentenza del 7 ottobre 2010.

¹² E', a questo proposito, indicativo il riferimento alla natura "fortemente competitiva" del modello economico qui configurato, che non tradisce la sua impronta concorrenziale. Che si parli di competizione e non di concorrenza è, tuttavia, significativo, giacché il secondo termine è solo rappresentativo della libertà di iniziativa economica e di commercio, mentre il primo costituisce specificazione della dimensione concorrenziale, nella relazione "interna" tra gli esercenti l'iniziativa economica e in quella "esterna" tra questi e il pubblico dei "fruitori" o "consumatori", che dir si voglia: l'interesse di questi ultimi, dunque, connesso com'è all'esigenza di incrementare i beni offerti sul mercato e di calmarne i prezzi, si appunta più sulla competizione, che sulla concorrenza.

¹³ Bene G. VETTORI, *op. cit.*, 4, valutando la formula "economia sociale di mercato altamente competitiva", sottolinea come essa sia "debitrice di diversi modelli, dall'ordo-liberalismo tedesco, al liberalismo economico, alla Dottrina sociale della Chiesa".

tre gli stereotipi e le vecchie categorie e, “con lo spirito del viaggio e con la ragionevole speranza e fiducia nel futuro”¹⁴, sforzarsi di tradurre quella formula in principi e regole operative aggiornati e al passo con i tempi. Quelli sin qui in concreto elaborati – è vero – sono alquanto deludenti¹⁵, ma ciò non autorizza l’abbandono al pessimismo, né a catalogare l’opera da compiere come *mission impossible*. C’è la ricerca – non facile – di nuovi e più avanzati equilibri nella costruzione dell’economia sociale di mercato, come pure l’apertura verso risposte – ove necessario – nuove e originali agli inediti interrogativi che la realtà pone¹⁶. Il cammino da percorrere è ancora lungo e faticoso e in larga parte incognito, ma non partiamo da zero e privi di equipaggiamento se è vero che nell’attuale normativa dell’UE sono rintracciabili i lineamenti di un modello economico sicuramente meglio definito di quello emergente ante Lisbona. Occorre, allora, valorizzare ciò che di positivo è dato registrare e, al riguardo, significativo è anche il fatto che il Trattato di Lisbona abbia conferito a questo modello – per così dire – un nome, l’abbia cioè reso riconoscibile associandolo ad un insieme di parole che, al di là di ogni altra considerazione, rivela un’attenzione assai più desta che in passato verso le istanze sociali e i valori della persona, non accantonabili se l’intento è promuovere uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche. Conteranno, poi, i fatti e le scelte in concreto adottate, ma è illusorio pensare che questi possano essere soddisfacenti se non ci si predispone con spirito costruttivo a quella ricerca.

¹⁴ Sono queste le parole con cui termina lo scritto, menzionato in esordio, di G. VETTORI, *op. cit.*, 9.

¹⁵ Si è parlato, prima, di “strategia inclusiva di valori sociali e personalistici nella trama del tessuto economico” e, se andiamo a verificare gli approdi che essa ha sinora consentito di raggiungere, dire che la segnalata “contaminazione” abbia determinato un più elevato livello di tutela di quei valori sarebbe azzardato; sicché non certo infondate sono le preoccupazioni suscitate da pronunciamenti della Corte di Giustizia, quali quelli avutisi in ordine ai casi Viking (l’11 dicembre 2007, causa C-438/05) e Laval (il 18 dicembre 2007, causa C-341/05), accreditanti logiche di “bilanciamento” che hanno, alla fin fine, legittimato, in forza della prevalente considerazione accordata alle libertà economiche, il sacrificio di diritti a contenuto sociale. Ma sarebbe, del pari prematuro trarre bilanci definitivi: lo scenario col quale ci confrontiamo è in movimento e non sono certo azzerate le possibilità di un’evoluzione in positivo. Data la complessità del tema qui toccato e l’impossibilità di affrontarlo compiutamente in poche battute, valga – per approfondimenti – il rinvio a molti dei saggi raccolti in C. SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012.

¹⁶ Risposte che, ovviamente, non solo il giurista è chiamato a fornire, imprescindibile rivelandosi – come nota, ancora, G. VETTORI, *op. loc. ult. cit.* – “il concorso di tutte le scienze sociali” e “decisivo il ruolo dei Parlamenti nazionali e delle Istituzioni europee”.

3. Coesione sociale e giustizia distributiva.

In quanto sinora esposto è implicato l’invito a non sminuire il rilievo del Trattato di Lisbona. Non ho mutato il giudizio, non certo entusiastico, in altra sede espresso su di esso: resto dell’idea che “i limiti, l’intrinseca debolezza e la natura compromissoria e interlocutoria (...) ne fanno una soluzione ‘di passaggio’ verso approdi – al momento solo auspicabili – di piena e matura coesione in seno all’Unione”¹⁷. Ma anche allora dissi che ciò “non autorizza (...) a revocarne in dubbio l’importanza, che è anzi notevole per molti versi”¹⁸; e credo che le considerazioni svolte ne offrano la riprova.

Nel passo appena riportato usai, spontaneamente e senza troppo riflettere sulla cosa, la parola “coesione”, associandola a quello che giudicavo essere, negli auspici, il risultato più rilevante da conseguire¹⁹. Ora, alla luce dell’analisi che ho avuto modo di condurre, posso dire che l’intuito mi guidò nella giusta direzione; ma trae alimento, altresì, la convinzione che sia dato pervenire ad una conclusione ancora più avanzata, poiché se c’è un termine che, più di altri, è capace di sintetizzare emblematicamente il nucleo essenziale, la dinamica e il fine dell’economia sociale di mercato, questo è – per l’appunto – “coesione”.

L’aggiunta alla parola “coesione” del solo aggettivo “sociale”, tuttavia, avrebbe forse meglio consentito di cogliere il senso del concetto rappresentato. Si è, invece, scelto di dare autonoma visibilità alla coesione “economica” e “territoriale”, nelle intenzioni per chiarire ulteriormente significato e portata del concetto, ma senza avvertire che il ricorso a troppe specificazioni approda, sovente, a risultati opposti a quelli che ci si proponeva di raggiungere, vale cioè a rendere più oscuro ed ambiguo l’oggetto specificato.

La verità è che la coesione territoriale è *d’emblée* correlabile a più d’un significato, mentre, se la si riferisce al rapporto tra gli Stati membri²⁰, poco aggiunge alla già nota dimensione dell’UE quale spazio senza frontiere interne. E, quanto alla “coesione economica”, non si vede come si possa isolarla dalla “coesione sociale”, soprattutto nell’ambito di “un’economia sociale di mercato”: può tornar utile rifarsi al pensiero di un *liberal* illu-

¹⁷ G. GRISI, *L’aporia della norma che impone il patronimico*, in *Europa dir. priv.*, 2010, 650.

¹⁸ G. GRISI, *op. loc. cit.*

¹⁹ In sostanziale sintonia, G. VETTORI, *op. cit.*, 3 che della “coesione” parla come della “finalità primaria” dell’azione delle Istituzioni nazionali e comunitarie.

²⁰ La lettera dell’art. 3, § 3, Tratt. UE sembra militare in tal senso.

stre – Nobel per l'economia – qual è Paul Krugman, per evidenziare come, se il nemico mortale della coesione economica è l'eccessiva disuguaglianza economica, “una grande disuguaglianza economica inevitabilmente si trascina dietro una grande disuguaglianza sociale”²¹. Stando così le cose, coesione sociale ed economica sono facce della stessa medaglia e far solo riferimento alla prima può servire a scongiurare il rischio di apparire concentrati sul mero dato economico.

L'importante è comprendere che la coesione sociale è il nucleo essenziale di ogni sana economia sociale di mercato e ne costituisce, al contempo, premessa ed obiettivo. Operare scelte coerenti che vadano in questa direzione è compito, in primo luogo, della politica e ad essa i Trattati impongono di ridurre a livelli fisiologici la disuguaglianza economica, per via soprattutto di una redistribuzione del reddito che sia “strutturale” e non contingente, che non punti solo alla limitazione degli eccessi di ricchezza e povertà che drammaticamente oggi sono sotto gli occhi di tutti, che sia organicamente inserita in un disegno economico più ampio e lungimirante, magari articolato intorno a nuovi postulati. La coesione sociale, dunque, rimanda alla giustizia distributiva o – se si preferisce – alla giustizia sociale²²; il nesso tra i due termini innerva il modello di economia sociale di mercato che dai Trattati UE, così come oggi si presentano, emerge. Ma coesione sociale è anche solidarietà tra le generazioni, presenti e future²³; solidarietà, che l'UE è chiamata a promuovere a norma del più volte citato art. 3, nell'opera di concretizzazione del paradigma dell'economia sociale di mercato²⁴.

L'attuale gravissima crisi, che è europea e non solo, indebolendo la *middle class* ha determinato la crescita esponenziale della disuguaglianza economica, ciò che ha corrosato e corrotto le relazioni sociali e politiche con correlata degenerazione della “coesione sociale”. Il cittadino, oggi, ha sempre meno diritti e sempre maggiori difficoltà nel soddisfare i propri bisogni e tradirebbe la sua essenza un'economia sociale di mercato che non si proponesse di arginare questa pericolosa deriva dalla società dei diritti a quella dei bisogni: recuperare la “coesione sociale” significa dar corpo e sostanza a questo proposito.

²¹ P. KRUGMAN, *La coscienza di un liberal*, Bari, 2008, 243.

²² Altro è il piano della giustizia individuale o commutativa, quella che attiene al rapporto di scambio tra individui o alla ripartizione delle conseguenze dannose derivanti da comportamenti. Quello del rapporto tra giustizia individuale e sociale, in generale e con specifico riguardo al diritto europeo dei contratti, è stato tema ricorrente in molti degli interventi che hanno animato il seminario fiorentino, primo fra tutti quello di Adolfo di Majo, il quale, valorizzando, in contrapposizione alla c.d. giustizia procedurale, un indirizzo “materializzante” nell'approccio agli istituti giuridici, se non giunge ad attribuire all'obbligazione e al contratto compiti di redistribuzione delle risorse tra i consociati che compete alla politica assolvere, giudica nondimeno realistico pensare possa accreditarsi un'etica materiale della responsabilità che consenta, sia pure a livello micro-economico, di ridimensionare, se non di superare, l'antagonismo tra giustizia individuale e sociale.

²³ Già la Carta dei diritti fondamentali dell'UE, nel Preambolo, aveva focalizzato le “responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future”.

²⁴ “In passato la funzione distributiva aveva avuto come riferimento la stessa generazione. Adesso lo sviluppo del Welfare è condizionato da una logica molto diversa” (G. VETTORI, *op. cit.*, 4).

