

## LA CADUCAZIONE DELLE CLAUSOLE VESSATORIE NEI CONTRATTI DEI CONSUMATORI TRA GIURISPRUDENZA NAZIONALE E GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

| 152 Di Daniela Valentino

La caducazione delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori tra  
giurisprudenza nazionale e giurisprudenza comunitaria (Daniela Valentino)



**SOMMARIO:** 1. Il controllo giudiziale delle clausole abusive - 2. L'integrazione giudiziale: alcuni leading cases - 3. La caducazione della clausola vessatoria - 4. L'art. 6 come norma di ordine pubblico e il sistema ordinamentale unitario italo-comunitario - 5. La giurisprudenza italiana - 6. L'interpretazione dottrinale.

**ABSTRACT.** Lo scritto affronta la tematica della caducazione delle clausole vessatorie misurandone l'effettività in rapporto alla disciplina dell'integrazione del contratto, normativa e giudiziale. Il rimedio non ha come obiettivo la semplice tutela del consumatore ma è strumentale all'instaurazione e al funzionamento di un mercato concorrenziale.

*The paper addresses the lapse of unfair clauses measuring their effectiveness in relation to the integration of contract. The remedy does not target the simple consumer protection but is instrumental to the establishment and functioning of a competitive market.*

## 1. Il controllo giudiziale delle clausole abusive.

La caducazione delle clausole vessatorie è ritenuta funzionale a rimuovere quegli effetti dell'accordo che delineano una allocazione inefficiente e irragionevole dei rischi e dei costi contrattuali. E' tecnica che può apparire collidente con l'assunto che l'integrazione del contratto attraverso interventi normativi e regolamentari o, anche, in sede giudiziale possa avere un effetto di riequilibrio del contenuto contrattuale tra le parti ed, in particolare, nei contratti tra professionista e consumatore. Sullo sfondo si agitano le tematiche inerenti alla presenza di Condizioni Generali, predisposte dall'impresa con il duplice obiettivo di razionalizzare ed uniformare la sua attività contrattuale e velocizzare i rapporti di massa con l'effetto immediato del contenimento dei costi transattivi e amministrativi del contratto e di un eventuale contenzioso. E' anche noto che la conclusione di tali contratti è generalmente apprezzata anche dai consumatori che, secondo alcuni, pur accettando un' "iniquità contrattuale" beneficerebbero di una sostanziale riduzione dei costi, poiché la determinazione complessiva del prezzo non può prescindere anche dalla effettiva allocazione dei costi del rischio assunto. In sintesi, maggiori rischi per il consumatore genererebbero meno costi di acquisizione<sup>1</sup>. Attente valutazioni di tali affermazioni hanno indotto, però, a considerazioni critiche che fanno emergere che il *vulnus* della questione va spostato sotto un angolo visuale, dal punto di vista economico, differente. Innanzitutto, il fenomeno è presente anche in un mercato concorrenziale, poiché non è soltanto il monopolista che può far leva sul *take it or leave it*; più semplicemente l'aggravamento della situazione contrattuale è in funzione del grado di credulità e faciloneria dei clienti cui l'impresa si rivolge. Le asimmetrie informative, come la capacità di recepire gli effetti negoziati, sono il vero crinale per l'introduzione di clausole squilibrate.

\* Relazione tenuta nel Convegno *L'integrazione dei contratti tra libertà negoziale e interventi normativi e regolamentari* tenutosi nell'Università degli studi di Salerno il 27 maggio 2016.

<sup>1</sup> PARDOLESI, *Clausole Abusive nei Contratti dei Consumatori. E Oltre?*, in *Foro it.*, 2014, V, *passim*, spec. 1-2; CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000, 192, nt. 47: l'inserzione delle clausole vessatorie viene compensata da una riduzione del prezzo del bene o del servizio offerto; sulla questione della tollerabilità dello squilibrio in virtù del criterio della convenienza del prezzo, v. CUFFARO (a cura di), *Codice del Consumo*, Milano, 2012, 269, ed *ivi* ulteriore bibliografia.

Nè si può immaginare che una dettagliata e capillare informazione possa aumentare la consapevolezza degli obblighi assunti perché, come già sostenuto<sup>2</sup>, non c'è miglior metodo di disorientare il destinatario che quello di aumentare il numero delle informazioni tecniche e complesse. L'inserimento nella contrattazione di massa di clausole abusive si spiega con la «naturale» propensione al profitto, ossia con la considerazione che ogni clausola abusiva rappresenta un minor costo<sup>3</sup>».

Di fronte ad oggettive difficoltà per superare quello che viene definito come un "fallimento del mercato" si è diffusamente delineata la necessità di interventi che "dall'esterno" riconoscessero la vessatorietà delle clausole. «Il controllo giudiziale delle clausole abusive... resta, dunque,..... il baluardo più accreditato contro i guasti della standardizzazione dei contratti»<sup>4</sup>. La tutela del consumatore, in generale, quindi, non è espressione di un obiettivo finale e solidaristico di esclusiva tutela del contraente debole, ma un obiettivo strumentale all'instaurazione e al funzionamento del mercato<sup>5</sup>. Essa non è una disciplina di settore che

<sup>2</sup> D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, *passim*, spec. 229 ss.; in tal senso, v. anche GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, 2006, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 8; CALLIANO, *Informazione e trasparenza nei contratti bancari e finanziari tra diritto dei consumatori e nuovo diritto europeo dei servizi bancari e finanziari*, in *Riv. dir. banc.*, [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), 11, 2014, 12; «è ormai appurato che l'efficienza della normativa non è in relazione alla quantità di informazioni che vengono mostrate»: LUPOI, *Trasparenza e correttezza delle operazioni bancarie e di investimento (note alle Nuove Istruzioni di Banca d'Italia sulla trasparenza)*, in *Contr. Impr.*, 2009, 6, 1249.

<sup>3</sup> BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto negoziale le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 39 ss.; GENTILI (a cura di), *Rimedi*, in *Tratt. contr.* Roppo, 2006, IV, 602; RISPOLI, *Le mobili frontiere della disciplina delle clausole vessatorie*, in *Giur. it.*, 2013, 2.

<sup>4</sup> R. PARDOLESI, *o.c.*, 8 s. ricorda come anche la proposta di regolamento europeo sulla disciplina comune della vendita si pone con gli artt. 79-86 in questa direzione ampliando l'elenco della declaratoria di abusività. Diverso è l'approccio di chi ritiene che la correzione del contratto non sia preordinata a piegare il contratto ad una misura politica o etica, «ma è rivolta a conformarne il contenuto agli assetti che esso avrebbe presentato ove l'esercizio dell'autonomia privata si fosse sviluppato secondo i postulati che il modello mercantile assegna ai suoi scambi»: cfr. BARCELLONA, *o.c.*, 57.

<sup>5</sup> Così già JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Tratt. di diritto privato europeo* a cura di Lipari, Padova, 2003, 64; D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 51; CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Trattato CNN* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2008, spec. 266 e 302; PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, 257 ss.; ZOPPINI, *Sul rapporto di specialità tra norme appartenenti ai*



impone agli operatori comportamenti predefiniti nella realizzazione dei loro interessi, ma crea le regole del gioco necessarie affinché ciascuno possa perseguire il proprio vantaggio individuale secondo un mercato concorrenziale corretto<sup>6</sup>. La necessità dell'intervento giudiziale è fortemente sostenuta dalla giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia<sup>7</sup> ed anche dalla nostra Corte di Cassazione<sup>8</sup> che hanno, ripetutamente e costantemente, sottolineato che il giudice ha l'obbligo di rilevare d'ufficio l'abusività della clausola «a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine». Pertanto, «deve adottare d'ufficio misure istruttorie al fine di accertare se una clausola contenuta nel contratto..... rientri nell'ambito di applicazione della Direttiva 93/13/CEE e, in caso affermativo, valutare d'ufficio il carattere eventualmente abusivo di siffatta clausola»<sup>9</sup>.

“codici di settore”, (lo *ius variandi* nei codici del consumo e delle comunicazioni elettroniche), in *Riv. dir. civ.*, 2016, 149; POMES, *Clausole abusive e intervento del giudice sulla sorte del contratto*, in *Diritto e giurisprudenza*, 5, 2015, spec. 41.

<sup>6</sup> Sempre JANNARELLI, *o.c.*, 115; SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004,794.

<sup>7</sup> Tra le altre v. Corte di Giustizia, 4 giugno 2009, n. 243/08, in *Foro it.*, 2009, IV, 489; Corte di Giustizia, 27 giugno 2000, n.240/98 a 244/9, in *Foro it.*, 2000, IV, 413; Corte di Giustizia, 9 novembre 2010, n. 137/08, in *Contratti*, 2011, 113; Corte di Giustizia, 21 febbraio 2013, n. 472/11, in *Foro it.*, 2014, IV, 5. In particolare, inoltre, Corte di Giustizia 14 marzo 2013, n. 415/11 si preoccupa di fornire i criteri in base ai quali il giudice nazionale deve riscontrare la vessatorietà attraverso un bilanciamento tra le attribuzioni giuridico-patrimoniali del consumatore e del professionista (*balancing test*) avendo riferimento agli elementi regolamentari ed economici. Vedila in *I Contratti*, 2013, 1059 ss. con nota di DELLA NEGRA, *Il ‘fairness’ test nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*.

<sup>8</sup> Tra le altre, Cass., 20 agosto 2010, n. 18785, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, 99, con nota di FARNETI, *Della trattativa individuale: ancora delucidazioni da parte dei giudici di legittimità*; Cass., 20 marzo 2010, n. 6802, in *Giur. it.*, 802; Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n.14828, in *Giust. Civ.*, 2012, 10, I, 2275; Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26243, e Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 entrambe in *Giur. Comm.*, 2015, 5, II, 970 che Cass., 26 luglio 2016, n. 15408, in *Giust. Civ. Mass.*, 2016.

<sup>9</sup> Tra le altre Corte di Giustizia 9 novembre 2010, cit.; Corte di Giustizia 14 giugno 2012 n. 618/10, cit. In dottrina v., PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, II, 291; 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 *Contratto e impresa*, 2011,1388 ss.; OTTONI, *Clausole abusive e giurisdizione: competenza della corte e poteri d'ufficio dei giudici nazionali*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, II, 45 ss.; SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 459 s.; D'AMICO, *Nullità virtuale-nullità di protezione, variazioni sulla nullità*, in *Contratti*, 2008, 732; DE CRISTOFARO, *Le invalidità negoziali “di protezione” nel diritto*

## 2. L'integrazione giudiziale: alcuni leading cases.

Nella dinamica dei rapporti tra impresa e consumatore o tra imprese, che non siano nella medesima posizione contrattuale, l'eteroregolazione può svolgere una funzione riequilibratrice dell'assetto contrattuale, poichè introduce regole che la predisposizione unilaterale del contenuto può aver offuscato o "raggirato"; tale funzione viene svolta sempre più frequentemente anche attraverso atti amministrativi, che predeterminano il contenuto contrattuale con clausole inderogabili<sup>10</sup>. Va adeguatamente valutato, però, che, in alcune ipotesi, l'attività di sostituzione delle clausole vessatorie o di integrazione del contenuto con le regole eterodeterminate può vanificare sostanzialmente l'attuazione dei principi generali europei<sup>11</sup>, posti a fondamento del sistema di questo settore contrattuale.

Esistono alcuni *leading cases* che hanno appassionato ed appassionano l'attività interpretativa in modo costante dal recepimento

*comunitario dei contratti, Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009; GENTILI, *La “nullità di protezione”*, in *Europa e Diritto Privato*, 2011, 92 s.; SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della corte di giustizia*, in *Europa e Diritto Privato*, 1, 2016, 249. Nell'ordinamento inglese è significativa la previsione di cui alla s. 71 Consumer Rights Act del 2015, che impone una valutazione in merito alla natura equilibrata della clausola, con obbligo per le corti stesse di rilevarne d'ufficio l'abusività e dichiararne la nullità, anche nel caso in cui ciò non sia espressamente richiesto dalle parti, a meno che non vi siano insufficienti elementi (di fatto e di diritto) per procedere a siffatta valutazione.

<sup>10</sup> Cfr., ad esempio, il Reg. 3 maggio 2012, n. 40, emanato dall'IVASS e concernente la «definizione dei contenuti minimi del contratto di assicurazione sulla vita di cui all'articolo 28, comma 1, del decreto legge 24 gennaio 2012 n. 1, convertito con legge 24 marzo 2012, n. 27»; il «Testo Integrato Morosità Gas (TIMG)» approvato dall'Autorità per l'energia elettrica il gas che puntualizza quali clausole negoziali «dovranno contenere» i contratti di vendita di gas naturale predisposti dagli esercenti (art. 19, comma 1). Sul punto v. Delibera n. 99 del 21 luglio 2011, reperibile su [www.autorita.energia.it](http://www.autorita.energia.it). Si v. altresì, l'art. 37 del reg. CONSOB 29.10.2007, n. 16190, recante norme di attuazione del dlgs. n. 58/1998 (t.u.f.) concernente la disciplina degli intermediari.

<sup>11</sup> Recentemente ROSSI CARLEO, *Il codice del consumo: prime impressioni fra critiche e consensi*, in *Contr. impr./Europa*, 2006, 35 s.; GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, 166; CAPOBIANCO, G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice del Consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009, *passim*; ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, 267 ss.





della direttiva 93/13/CEE. E' noto il caso, risolto dalla Corte di Giustizia 14 giugno 2012<sup>12</sup>, che stigmatizzò la normativa spagnola in tema di nullità delle clausole vessatorie sulla entità degli interessi moratori nei rapporti bancari<sup>13</sup>. L'art. 83 del decreto

<sup>12</sup> V. Corte di Giustizia, 14 giugno 2012, n. C618/10, Banco Español de Crédito, in *I contratti*, 2013, 19 ss.; v., inoltre, Corte di Giustizia, 30 maggio 2013, n.488/11, in *Guida al dir.*, 2013, fasc. 31, 94, con nota di PIRRODI esplicitamente precisa: «L'art. 6, par. 1, direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che non consente al giudice nazionale, qualora quest'ultimo abbia accertato il carattere abusivo di una clausola penale in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, di limitarsi, come lo autorizza a fare il diritto nazionale, a ridurre l'importo della penale imposta da tale clausola a carico di detto consumatore, ma gli impone la pura e semplice disapplicazione di siffatta clausola nei confronti del consumatore.». A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, *Doctrina jurisprudencial sobre condiciones del crédito hipotecario*, in *Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario*, M.A.AlcaláDíaz (a cura di), Madrid, 2014, p. 210, il quale osserva che la modifica legislativa determinata dai recenti interventi della Corte di Giustizia, laddove stabilisce che alla nullità della clausola sugli interessi moratori dichiarata abusiva non consegua l'integrazione giudiziale, di fatto ha comportato l'applicazione di una sanzione in mancanza di una espressa previsione legislativa.

<sup>13</sup> Prima di tale dispositivo concordemente i commentatori spagnoli ritenevano che stante il silenzio della direttiva comunitaria in ordine all'efficacia della declaratoria di nullità, il legislatore spagnolo aveva correttamente previsto l'integrazione giudiziale: v., ad esempio, A. BLANDINO GARRIDO, *La ineficacia de las condiciones generales de la contratación abusivas y su incidencia en el contrato*, in *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, M.L. PalazónGarrido e M. Del Mar Méndez Serrano (a cura di), Barcellona, 2011, p. 278 ss.; E. SERRANO ALONSO, *Las condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas*, in *Libro homenaje al Profesor Manuel Albalajo García*, I, J.M. González Porras e F.P. Méndez González (a cura di), Murcia, 2004, p. 4713 s. In materia di clausole abusive in Gran Bretagna si è spesso evidenziata la necessità del superamento della "strutturale debolezza" della legislazione in materia (v., il caso *Office of Fair Trading v Abbey National plc and Others* [2009] UKSC 6 - <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2009-0070.html> - in cui la Corte Suprema ha dichiarato che, in tema di spese bancarie, le spese per gli "scoperti" non autorizzati non rientrano nel campo di applicazione del Regolamento sulle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, escludendo, perciò, il *fairness test* e pervenendo ad un esito sfavorevole nei confronti di questi ultimi). La legislazione del Regno Unito in materia di clausole abusive si fondava, fino al 2015, sull'«Unfair Contract Terms Act» (1977) e sulle «Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations» (1999). Queste ultime costituiscono l'atto normativo di recepimento della Direttiva 93/13/UE. Recentemente, è intervenuta una modifica legislativa, ad opera del «Consumer Rights Act» 2015, in vigore dal 1 Ottobre 2015, che accoglie alcune proposte effettuate dalle Commissioni legislative di Scozia e Regno Unito in un *Issue Paper* del 2012 ([http://www.lawcom.gov.uk/wpcontent/uploads/2015/06/unfair\\_terms\\_in\\_consumer\\_contracts\\_issues.pdf](http://www.lawcom.gov.uk/wpcontent/uploads/2015/06/unfair_terms_in_consumer_contracts_issues.pdf)), la cui parte 2 sostituisce i due atti summenzionati. La parte dedicata alle clausole vessatorie è contenuta nelle s. 62 ss. del Consumer Rights Act del 2015. Per un'analisi della proposta del 2012

legislativo n. 1/2007 di tale ordinamento consentiva al giudice nazionale, qualora sussistesse la nullità della clausola abusiva in un contratto, di integrare il contenuto rivedendo le clausole abusive secondo equità. La disposizione è stata considerata in contrasto con l'art. 6, § 1, della Direttiva del 1993 che, pur riconoscendo agli Stati membri una discrezionalità applicativa dei principi generali delineati, impone espressamente che le clausole abusive "non vincolino il consumatore". Va chiarito, preliminarmente, che con la Ley 3/2014 il legislatore è intervenuto sull'art. 83 r.d.l. 1/2007<sup>14</sup>; la attuale formulazione, prevede la nullità di diritto delle clausole abusive, le quali s'intenderanno per non apposte, con la conseguenza che accertata l'abusività della clausola il contratto continuerà a vincolare le parti senza la clausola medesima<sup>15</sup>, salva l'ipotesi di clausola essenziale per la quale possono intervenire procedure di integrazione<sup>16</sup>. Nel preambolo della Ley 3/2014, è esplicitato che la riforma si è resa necessaria a séguito dell'intervento della giurisprudenza europea e in particolare della sentenza del 14 giugno 2012, C-618 *Banco Español de Crédito*. Anche la giurisprudenza di merito, così,

delle Commissioni legislative v. KENNY, *The Law Commissions' 2012 Issues Paper on Unfair Terms: Subverting the System of 'Europeanized' Private Law?*, in *European Review of Private Law*, n. 3, 2013, pp. 871-892

<sup>14</sup>Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato.

“Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”.

<sup>15</sup>La s. 67 del «Consumer Rights Act» del 2015 stabilisce che il contratto, là dove sia possibile, continua ad avere effetti nei medesimi termini, depurato dalla clausola vessatoria (dal momento che potrebbe non rispondere all'interesse delle parti la caducazione dell'intero contratto). Sul punto ci sono i primi commenti dottrinali: POOL, *Textbook on Contract Law*, Oxford, 2016, p. 284; MCKENDRICK, *Contract Law*, London, 2015; entrambi richiamano la giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare la sentenza *Kásler* del 2014 (C-26/13).

<sup>16</sup> Anche nell'ordinamento inglese quando una clausola contiene un elemento vessatorio, l'intera clausola andrà considerata abusiva e il contratto dovrà essere letto senza tale clausola. Tuttavia, l'eliminazione delle clausole abusive potrebbe incrementare il rischio di uno squilibrio contrattuale (a svantaggio del consumatore, ad esempio se l'eliminazione della clausola abusiva comporta l'obbligo di restituzione immediata delle somme prese in prestito a carico del consumatore), oppure il contratto potrebbe divenire troppo generico per poter essere adempiuto. In ossequio al principio enunciato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Kásler*, dunque, nel caso in cui il contratto non possa continuare ad esplicare i propri effetti senza la clausola abusiva caducata, il giudice nazionale può rimediare sostituendo a tale clausola una disposizione nazionale di natura suppletiva, a patto che, naturalmente, non contenga gli elementi di vessatorietà presenti nella clausola abusiva caducata: POOL, *o.u.c.*

richiamando il giudicato europeo, ha più volte ribadito il principio della caducazione pura<sup>17</sup> anche nell'ordinamento spagnolo.

Nei giudicati della Corte di Giustizia l'art.6, §1 viene identificata come norma imperativa<sup>18</sup>, tesa a ripristinare l'equilibrio reale tra i diritti e gli obblighi dei contraenti nel rispetto dei principi esplicitati dal 21° considerando della Direttiva, che impone che il contratto debba rimanere vincolante tra le parti qualora la regolamentazione possa sussistere "anche senza le clausole abusive".

Nella causa C-565/12, la Corte di Giustizia ha nuovamente affermato che: «Se la sanzione della decadenza degli interessi venisse mitigata, ovvero puramente e semplicemente eliminata, l'applicazione degli interessi al tasso legale maggiorato può compensare gli effetti di una sanzione di nullità della clausola contrattuale che determina il tasso degli interessi corrispettivi, e ne discenderebbe, necessariamente, che essa non presenta un carattere realmente dissuasivo»<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Tribunal Supremo, 3 junio 2016, n. 364, in *www.poderjudicial.es*, ha dichiarato la nullità della clausola sugli interessi moratori, senza possibilità di integrazione giudiziale, fermo restando la debenza degli interessi corrispettivi; Tribunal Supremo, 18 febrero 2016, n. 79, *ivi*, ha ritenuto che il limite quantitativo stabilito dall'art. 114, *Ley Hipotecaria*, non è l'unico criterio degli interessi moratori in un prestito ipotecario; il giudice può dichiarare l'abusività della clausola qualora sia previsto che in caso di ritardo, il mutuatario consumatore sia tenuto al pagamento di interessi eccessivamente sproporzionati. In tal caso, la declaratoria di nullità comporterà la caducazione pura della clausola, senza possibilità per il giudice di integrare il contratto; Tribunal Supremo, 22 de abril 2015, *ivi*, ha statuito che, accertata l'abusività di una clausola, non è possibile sostituire la clausola medesima con il diritto dispositivo, né integrare il contratto secondo buona fede.

<sup>18</sup> Corte giust., 26 ottobre 2006, C-168/05, in *Foro it.*, 2007, 7-8, IV, 374 espressamente riconosce all'art. 6 della direttiva natura di "norma imperativa che, in considerazione dell'inferiorità di una delle parti contrattuali, mira a sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza delle parti stesse (...). È la natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori a giustificare che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale".

<sup>19</sup> In proposito, si osserva che nell'ordinamento francese la sanzione della decadenza del diritto a percepire gli interessi (applicata a partire dalla legge n° 78-23 del 10 gennaio 1978 e ripresa dalla legge di recepimento della direttiva 2008/48 sul credito al consumo), è dissuasiva in quanto priva il professionista di ogni interesse a violare la legge ("...est une sanction dissuasive ausens de la Cour européen ne puis qu'elle prive le professionnel de tout intérêt à violer la loi"). Se il legislatore avesse riproposto, nel diritto dei consumatori, la sanzione che applica nel diritto comune dei contratti, quando il tasso d'interesse convenzionale non è stabilito per iscritto, sarebbe venuta meno la funzionalità di tutela: C. AUBERT DE

La Corte, così, prevede il principio generale<sup>20</sup> della caducazione "pura" delle clausole abusive e della contestuale persistente validità del contratto a meno che la clausola non riguardi un elemento essenziale. «La natura e l'importanza dell'interesse pubblico sul quale si basa la tutela assicurata ai consumatori, che si trovano in una situazione di inferiorità rispetto ai professionisti, impone, così, agli Stati membri di fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive<sup>21</sup>». La possibilità di rivedere il contenuto contrattuale (nel caso di specie secondo una valutazione giudiziale) potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine di cui all'art. 7. Infatti, tale facoltà contribuirebbe ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato nei confronti dei professionisti dalla *pura* e semplice non applicazione della clausola. Si sottolinea che il ridimensionamento giudiziale della clausola non avrebbe l'effetto di "sistema" di impedire l'inserimento generalizzato di clausole abusive, poiché, quand'anche fossero invalidati gli effetti sperequati del contratto, questo potrebbe essere integrato, per quanto necessario, dal giudice in modo da garantire almeno la remunerazione "equa" del professionista *non corretto*. Se si considera il rapporto tra il profitto generalizzato dalla presenza delle clausole e i circoscritti casi di contestazione della stessa e di un eventuale mero

VINCELLES, *Chronique Droit européen des obligations - Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de justice*, in *RTD eur.*, 2012, p. 666 ss.; Y. Picod, *Code de la Consommation. Commenté*, Paris, Dalloz, 2015, p. 287-288. rileva come, nell'ordinamento francese, siano previste norme più severe nei contratti tra professionisti, inserite nella disciplina sulla concorrenza, che prevedono la responsabilità civile del soggetto che sottoponga o tenti di sottoporre la controparte commerciale a condizioni contrattuali che creino un "déséquilibre significatif" nei diritti e negli obblighi delle parti. L'autore aggiunge che, con riferimento alla disciplina a tutela dei consumatori, la legge del 17 marzo 2014 introduce anche sanzioni amministrative).

<sup>20</sup> ALESSI, "Nullità di protezione" e poteri del giudice tra Corte di giustizia e sezioni unite della corte di Cassazione, Atti della Giornata di studi in onore di Filanti, *L'evoluzione delle tutele nella prospettiva europea*, Cagliari, 2014; ID., *Nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek brusse*, consultabile su *www.juscivile.it*, 2013. In chiave critica PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Contratti*, 2014, 854 ss.; D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, *ivi*, 2013, 22 ss.; DELLA NEGRA, *Il "fairness test" nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*, *ivi*, 2013, 1063.

<sup>21</sup> Sentenza del 27 marzo 2014 (LCL Le Crédit Lyonnais SA contro Fesih Kalhan), in *Foro it.*, 2014, IV, 550 testualmente il punto 53.





ridimensionamento del profitto si delinea un rapporto costi-benefici che impedirebbe, quasi costantemente, la piena efficacia dei principi enunciati nell'art. 6 §1 della Direttiva e, quindi, il non inserimento generalizzato nelle condizioni generali delle clausole abusive.

Eguali principi vengono riconfermati nei giudizi della Corte di Giustizia 21 gennaio 2015, nn. 482, 484, 485, 487/13<sup>22</sup>, deliberate, ancora una volta, sulla legislazione spagnola. L'art. 3 e la seconda disposizione transitoria della Ley 1/2013 *de Protección al Deudor Hipotecario* non contravviene all'art.6 § 1 della Direttiva 93/13/CEE poiché, nei procedimenti di esecuzione ipotecaria fissa un limite all'ammontare degli interessi moratori riscuotibili sulla proprietà ipotecata pari a tre volte il tasso legale, senza impedire il giudizio di vessatorietà del giudice con la conseguente caducazione nell'ipotesi di esito positivo. Le argomentazioni sono sempre le stesse; stavolta, però, la normativa nazionale in contrasto non prevede un intervento giudiziale di riduzione ad equità, bensì una sostituzione di clausole ad esercizio giudiziale, attraverso un parametro normativamente indicato. La disapplicazione *pura* priva il professionista di ogni utilità anche minima e suppletiva e costituisce lo strumento "migliore" per un contrasto di sistema all' inserimento delle clausole abusive. La normativa ha modificato il codice di procedura civile, prevedendo all'art. 561, per il caso di accertamento di abusività di una clausola, l'improcedibilità dell'esecuzione ovvero la prosecuzione con eliminazione della clausola medesima<sup>23</sup>. Tuttavia, la seconda disposizione

transitoria della legge di riforma stabilisce l'applicazione soltanto per quei contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore della legge<sup>24</sup>.

Anche nel nostro ordinamento la limitazione dell'invalidità alla sola clausola contrattuale squilibrata può essere un significativo passo avanti rispetto anche all' art. 1419 c.c., che impone la caducazione dell'intero contratto se la clausola nulla appaia essenziale; gli interrogativi logici successivi, però, hanno suscitato una intensa attività interpretativa anche nel nostro contesto nazionale e comunitario.

### 3. La caducazione della clausola vessatoria.

Se la sentenza della Corte ha stigmatizzato la normativa spagnola di ricevimento della Direttiva nella parte in cui, accertata l'abusività della clausola, si attribuiva al giudice la possibilità di determinare gli interessi secondo un ammontare non abusivo, nel nostro ordinamento, infatti, rimarrebbe aperto il problema, in generale, sugli effetti della non vincolatività della clausola; in particolare, nell' ipotesi di pattuizione abusiva di interessi moratori o della presenza di tassi di interessi corrispettivi e moratori, la cui somma superi il tasso soglia dell'usura.

La circostanza fa emergere, però, un bivio circa i potenziali effetti della caducazione. Si può immaginare che l'obliterazione della determinazione degli interessi moratori generi il perdurare dell'efficacia del contratto, che è colpito da nullità parziale, con l'esclusione di qualsivoglia diritto agli interessi. Oppure si può tentare di ripristinare l'operatività della disciplina dispositiva, derogata pattiziamente, e reputare che siano dovuti gli interessi legali o quelli corrispettivi se convenzionali.

<sup>22</sup> Vedila in Nuova Giur. Civ. comm., 2015, 423 ss. con nota di PAGLIANTINI, *Il "restatement" della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*.

<sup>23</sup> Artículo 561 "Oidas las partes sobre la oposición a la ejecución no fundada en defectos procesales y, en su caso, celebrada la vista, el tribunal adoptará, mediante auto, a los solos efectos de la ejecución, alguna de las siguientes resoluciones:

1.<sup>a</sup> Declarar procedente que la ejecución siga adelante por la cantidad que se hubiese despachado, cuando la oposición se desestimare totalmente. En caso de que la oposición se hubiese fundado en pluspetición y ésta se desestimare parcialmente, la ejecución se declarará procedente sólo por la cantidad que corresponda.

El auto que desestime totalmente la oposición condenará en las costas de ésta al ejecutado, conforme a lo dispuesto en los artículos 394 para la condena en costas en primera instancia.

2.<sup>a</sup> Declarar que no procede la ejecución, cuando se estimare alguno de los motivos de oposición enumerados en los artículos 556 y 557 o se considerare enteramente fundada la pluspetición que se hubiere admitido conforme al artículo 558.

3.<sup>a</sup> Cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas".

<sup>24</sup> Disposición transitoria segunda. Intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual.

La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.

Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos.

En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior.

La stessa tecnica che tende ad escludere l'intervento integrativo della normativa nazionale nelle ipotesi di caducazione di una clausola abusiva è riproposta, nella giurisprudenza della Corte, anche in casi diversi dalla pattuizione di interessi moratori. In tale direzione, ha creato dubbi interpretativi un enunciato della Corte di Giustizia del 30 aprile 2014<sup>25</sup> che precisa che: «L'articolo 6, § 1, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che, in una situazione ..., ove un contratto concluso tra un professionista e un consumatore non può sussistere dopo l'eliminazione di una clausola abusiva, tale disposizione non osta a una regola di diritto nazionale che permette al giudice nazionale di ovviare alla nullità della suddetta clausola sostituendo a quest'ultima una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva». In realtà, la Corte tratta una ipotesi in cui la clausola abusiva svolge un ruolo essenziale<sup>26</sup> e, quindi, «se ... non fosse consentito sostituire a una clausola abusiva una disposizione di natura suppletiva, obbligando il giudice ad annullare il contratto nel suo insieme, il consumatore potrebbe essere esposto a conseguenze particolarmente dannose talché il carattere dissuasivo risultante dall'annullamento del contratto rischierebbe di essere compromesso»<sup>27</sup>. Nel caso di contratti di

finanziamento «Infatti, un annullamento del genere ha, in via di principio, per conseguenza di rendere immediatamente esigibile l'importo del residuo prestito dovuto in proporzioni che potrebbero eccedere le capacità finanziarie del consumatore e, pertanto, tende a penalizzare quest'ultimo piuttosto che il mutuante il quale non sarebbe di conseguenza dissuaso dall'inserire siffatte clausole nei contratti da esso proposti»<sup>28</sup>.

Tali considerazioni, però, non possono essere estese all'ipotesi in cui la caducazione della clausola nulla non determini la nullità totale dell'accordo negoziale ed il contratto sia perfettamente suscettibile di sussistere senza tale clausola<sup>29</sup>. L'eliminazione della clausola, infatti, si ispira al medesimo concetto di riequilibrio contrattuale a favore del soggetto tutelato, utilizzando uno strumento diverso per realizzare una sostanziale tutela dei suoi interessi in concreto<sup>30</sup>.

In tema di interessi moratori, La Corte si è occupata anche, specificamente, dell'applicabilità della tecnica di riduzione della clausola penale e con il dispositivo C-488/11 del 30 maggio 2013 ha precisato che la normativa comunitaria «non consente al giudice nazionale, qualora quest'ultimo

<sup>25</sup> causa C-26/13, Árpád Kásler e Hajnalka Káslerné Rábai contro OTP Jelzálogbank Zrt, in *www.curia.europa.eu*, 2014.

<sup>26</sup> «... una clausola, integrata in un contratto di mutuo espresso in una valuta estera, concluso tra un professionista ed un consumatore e che non è stato oggetto di una trattativa individuale, come quella di cui al procedimento principale, a norma della quale il corso di vendita di tale valuta si applica ai fini del calcolo dei rimborsi del mutuo, solo purché si constati, il che spetta al giudice del rinvio verificare alla luce della natura, dell'economia generale e delle stipulazioni del contratto nonché del suo contesto giuridico e fattuale, che la suddetta clausola fissa una prestazione essenziale del contratto stesso che, come tale, lo caratterizza; una clausola del genere, in quanto implica un obbligo pecuniario per il consumatore di pagare, nell'ambito dei rimborsi del mutuo, importi derivanti dalla differenza tra il corso di vendita ed il corso di acquisto della valuta estera, non può essere considerata nel senso che implica una «remunerazione» la cui congruità, in quanto corrispettivo di una prestazione effettuata dal mutuante, non può essere oggetto di una valutazione del suo carattere abusivo a norma dell'art. 4, §. 2, direttiva 93/13». Corte giust., 30 aprile 2014, causa C-26/13, in *Diritto e Giurisprudenza commentata*, 2, 2015, 29 non esclude l'intervento manipolativo del giudice in modo radicale, potendo lo stesso procedere alla surrogazione della clausola iniqua con disposizioni suppletive qualora l'invalidazione della clausola avrebbe l'effetto di travolgere l'intero contratto.

<sup>27</sup> punto 83 della sentenza. H. AUBRY, E. POILLOT, N. SAUPHANOR-BROUILLARD, *Droit de la consommation*, mars 2013- mars 2014, in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1297 ss. sostengono che la medesima soluzione di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive dovrebbero essere raggiunte anche nel caso di violazione di altre disposizioni della direttiva, ad

esempio, relativamente agli obblighi di fornire informative precontrattuali; E. Poillot in *Jurisprudence de la CJUE 2014, Décisions et commentaires*, sous la direction de F. Picod, Collection Droit de l'Union européenne, dirigée par Fabrice Picod, Bruylant, Bruxelles, 2015, pp. 743-752: sottolinea il carattere pedagogico della sentenza della Corte di Giustizia che che coglie un'ulteriore occasione per ribadire i caratteri delle sanzioni (effettive, proporzionate e dissuasive) nel diritto dei consumatori, aprendo la porta ad un dialogo costruttivo con i giudici nazionali.

<sup>28</sup> punto 84 della sentenza.

<sup>29</sup> Tali assunti trovano conferma nelle conclusioni dell'Avvocato generale «Il divieto per il giudice di rivedere il contenuto di una clausola da lui qualificata come abusiva, anziché limitarsi alla pura e semplice disapplicazione, si riferisce all'ipotesi in cui l'eliminazione della clausola controversa, avente carattere accessorio nella struttura del contratto, non compromette l'esistenza di detto contratto e non risulta pregiudizievole per il consumatore».

L'eliminazione degli interessi moratori, laddove essi siano stati determinati in misura manifestamente eccessiva, non compromette l'esistenza del contratto di finanziamento né può dirsi pregiudizievole per il consumatore. E, per altro verso, assumendo una finalità marcatamente preventiva e deterrente, risulta sistematicamente coerente con la disciplina speciale della nullità contrattuale derivante dalla violazione di norme poste a tutela del cliente (artt. 117, 6° e 7° comma, e 125-bis, 7° e 9° comma, t.u.b.).

<sup>30</sup> Frequentemente si è ribadito il concetto in altri ambiti: sull'art. 1815 c.c., ad esempio, la finalità conservativa del contratto è stata spesso evidenziata. Sul punto, cfr. MARINELLI, *La disciplina degli interessi monetari tra regole e mercato*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006, IV, p. 224 ss., spec. 226.; LISI, *Contratti bancari. Anatocismo, usura e altre problematiche*, Frosinone, 2015, 41.





abbia accertato il carattere abusivo di una clausola penale, in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, di limitarsi, come lo autorizza a fare il diritto nazionale, a ridurre l'importo della penale, ma gli impone la pura e semplice disapplicazione di siffatta clausola nei confronti del consumatore»<sup>31</sup>.

Ancora una volta si ritiene che l'art. 7, §1, della Direttiva imponga agli Stati membri di predisporre mezzi adeguati ed efficaci «per far cessare l'utilizzo di clausole abusive nei contratti stipulati da un professionista con i consumatori». Or dunque, l'obiettivo della tutela non è soltanto quello di riequilibrare i singoli rapporti contrattuali, ma di utilizzare gli strumenti idonei per ottenere un effetto preventivo e dissuasivo di sistema che si raggiunge, in alcune circostanze, con la disapplicazione «pura» e non attraverso il ripristino del «naturale» equilibrio contrattuale "forzato" dal professionista con la previsione della clausola abusiva.

#### 4. L'art. 6 come norma di ordine pubblico e il sistema ordinamentale unitario.

In più di un dispositivo della Corte l'art. 6, e la disciplina in generale di tutela del consumatore, viene definita come norma di ordine pubblico<sup>32</sup>, ove è evidente che in un contesto transnazionale l'ordine pubblico sta a contrastare atti che si pongano in conflitto con norme espressione di principi fondamentali dell'ordinamento europeo<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> V. in *Foro it.*, 2014, IV, 3 con nota di DE HIPPOLYTIS. La sentenza valuta l'art. 6:94 par. 1 del BW Burgerlijk Wetboek.

<sup>32</sup> Corte di Giustizia 6 ottobre 2009, n.40/08, *Asturcom*, in *Corriere giuridico*, 2010, 170 con nota di CONTI.

Già in Corte di Giustizia 26 ottobre 2006, n. 168/05 *Mostaza Clara*, (in *Foro it.*, 2007, IV 373) la Direttiva di tutela dei consumatori era stata dichiarata di natura ed interesse pubblico, « indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla comunità e all'innalzamento del livello e della qualità della vita ».

<sup>33</sup> Limpidamente EBERS, From Oceano to Asturcom: Mandatory Consumer Law, Ex Officio Application of European Union Law and Res Iudicata, in *European Review of Private Law*, 2010, 18, 823 ss. L'Avvocato generale, nel caso *Asturcom supra* citato (punti 70 e 81), ha chiesto che venisse riconosciuta, all'interno dell'Unione Europea, l'operatività di un principio in base al quale vietare l'esecuzione di un lodo arbitrale contrario all'ordine pubblico; in proposito, v. JORDANS, Anmerkung zu *EuGH Rs. C-168/05 – Elisa Maria Mostaza Claro gegen Centro Móvil Milenium SL*, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2007, 50, secondo cui la Corte ha considerato la clausola talmente abusiva da farne questione di ordine pubblico; cfr., LOOS, *Case: ECJ – Mostaza Claro*, *European Review of Contract Law*, 2007, 4, 443; COURBE, BRIÈRE, DIONISI-PEYRUSSE, JAULT-SESEKE, LEGROS, *Clause compromissoire et réglementation des clauses abusives: CJCE*, 26 octobre 2006, *Petites affiches*, 2007, 152, 14; per il concetto di «European public policy», tra principio di effettività e di

Particolarmente significativi sono due pronunce, perché in entrambi i giudizi la Corte si occupa della relazione tra la normativa comunitaria e quella degli Stati nazionali per definirne il rapporto di efficacia e di coordinamento. Nel caso *Mostaza Clara* era già stato precisato che la disciplina delle clausole vessatorie e, quindi, anche della tutela del consumatore sono principi generali<sup>34</sup> che devono essere considerati prevalenti rispetto al principio di diritto processuale nazionale, secondo il quale la difesa nel merito nel primo grado di giudizio comporta la conferma della competenza giurisdizionale anche di fronte ad una clausola arbitrale invalida. Va evidenziato che il medesimo principio è presente anche nel nostro ordinamento all'art. 817, comma 2, c.p.c.<sup>35</sup>. Anche il giudice dell'esecuzione, quindi, ha un potere di controllo sulla vessatorietà adeguato per evitare che il consumatore partecipi ad un procedimento nullo al fine di ottenere la declaratoria di nullità.

Ancor più chiaramente, nel caso *Asturcom* la Corte, evocando la natura pubblica dell'interesse tutelato dalla Direttiva, ritiene che il lodo arbitrale *che ha acquistato efficacia di cosa giudicata, pronunciato sulla base di una clausola*

equivalenza, cfr. H. SCHEBESTA, *Does the National Court Know European Law? A Note on Ex Officio Application after Asturcom*, in *European Review of Private Law*, 2010, 4, 847 ss., la quale, tuttavia, perviene alla conclusione che la Corte di Giustizia avrebbe individuato una forma «indiretta» di ordine pubblico europeo.

<sup>34</sup> Con particolare riferimento ai principi comunitari in tema di clausole abusive: EBERS, *La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (93/13/ Cee) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2007, 696 ss.; SIMONE, *Tutela del consumatore e rilevanza d'ufficio delle clausole abusive*, in *Contratti*, 2000, 943 ss.

<sup>35</sup> Sul punto, giova precisare che, in conseguenza dell'impostazione seguita dalla Corte nella sentenza *Mostaza Clara*, la dottrina maggioritaria ha avanzato seri dubbi sulla legittimità europea, all'interno del sistema italiano, del combinato disposto degli artt. 829, comma 1, n. 1 e 817, comma 2, c.p.c., pervenendo alla conclusione di configurare un'eccezione alla disciplina arbitrale di impugnazione del lodo: così LUPOI (a cura di), *Tutele e procedure giudiziarie europee: principi fondamentali e applicazioni pratiche*, Rimini, 2011, 240; D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Clara e gli artt. 817, comma 2 e 829, n. 1, c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2006, 673 ss.; per ulteriori rilievi v. BOCCAGNA, *sub art. 817*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Benedettelli-Consolo-Radicati di Bronzolo (diretto da), 258-259; in particolare, tale principio introduce un'eccezione al regime dell'onere della tempestiva eccezione previsto dall'art. 817, comma 2, c.p.c. Infatti, la nullità della clausola compromissoria, in quanto vessatoria ai sensi dell'art. 33, comma 2, lett. t), cod. cons., può essere eccepita in sede di impugnazione del lodo a prescindere dalla mancanza di apposita eccezione nel corso del procedimento arbitrale: cfr. DELLE DONNE, *sub art. 817*, in *Comm. cod. proc. civ.*, Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella (diretto da), Torino, 2014, 529.



*compromissoria vessatoria*, debba "cadere" poiché è prevalente l'interesse di tutela "dell'ordine pubblico", che la Direttiva persegue. È inutile evidenziare che in entrambi i casi di fronte alla scelta della normativa applicabile per risolvere i casi concreti la Corte decide sulla base della prevalenza di un principio generale (che definisce di ordine pubblico) e di una norma regolamentare nazionale e sancisce, senza dubbio alcuno, la priorità del primo.

Si può, così, sostenere che, anche in queste problematiche, si possa rinvenire la conferma «della trasformazione del sistema ordinamentale, da chiuso ed autarchico..... a sistema aperto; da accentrato a decentrato, plurale nelle sue fonti interne e sovranazionali, in una accezione di sovranità diffusa e non più privilegio esclusivo dello Stato»<sup>36</sup>. La valutazione della disciplina della tutela dei consumatori non può evitare uno sforzo di razionalizzazione e valutazione unitaria dei principi generali in essa enucleati<sup>37</sup> ai quali occorre riconoscere una forza espansiva che induce a rivedere le discipline nazionali codificate<sup>38</sup>. La primazia dei principi del diritto comunitario, insieme con i principi costituzionali, diventa parte inscindibile ed unitaria dei singoli sistemi nazionali direttamente applicabile dal giudice nazionale che, nella decisione del caso concreto, non può dare prevalenza all'interpretazione ed all'applicazione delle norme regolamentari nazionali se realizzino soluzioni dei casi concreti in contrasto con la sostanziale realizzazione dei principi posti a

fondamento del sistema<sup>39</sup>. L'attività ermeneutica è finalizzata alla soluzione del caso concreto che deve essere coerente con il rispetto della gerarchia delle fonti e dei valori del sistema ordinamentale nella sua unitarietà, nonostante il policentrismo delle fonti che lo determinano.

La valutazione di adeguatezza della soluzione interpretativa rispetto alle tematiche della caducazione delle clausole vessatorie si deve parametrare alla gerarchia dei principi giuridicamente rilevanti e prevalenti in un sistema caratterizzato da una enunciazione di valori che trovano il loro fondamento nelle fonti costituzionali, comunitarie e internazionali<sup>40</sup>. Un astratto bilanciamento degli interessi, coinvolti nel contratto, che si limiti a valutare il mero riequilibrio contrattuale, privando la sanzione della caducazione della clausola del suo effetto deterrente, rispetto alle prassi di inserimento generalizzato nelle condizioni di contratto, priverebbe la Direttiva e la disciplina di tutela del consumatore della funzione di regolazione giuridica del mercato che, nonostante i numerosi tentativi di dimostrare il contrario, non riesce efficacemente ad autoregolarsi con effetti negativi anche per il suo stesso sviluppo<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> P. PERLINGIERI, *L'interpretazione giuridica e i suoi canoni. Una lezione agli studenti della Statale di Milano*, in *Rass. Dir. civ.*, 2014, 408; ID., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 188 ss.; ID., *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, 27 ss.; ID., *Diritto comunitario e identità nazionali*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 530 ss. In argomento, ALPA, *Le "fonti" del diritto civile: policentrismo normativo e controllo sociale*, in AA.VV., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del 1° Convegno Nazionale SISDiC, Capri 7-9 aprile 2005, Napoli, 2006, 158; IRTI, *Tramonto della sovranità diffusa del potere*, in *Dir. soc.*, 2009, 3-4, 465 ss.

<sup>37</sup> Cfr. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002; ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 679; ID., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, 267 ss.

<sup>38</sup> BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali*, Napoli, 1997, 68 ss. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 12; BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, cit., 33 ss.; CRISCUOLO, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in *Tratt. dir. civ. CNN*, cit., spec. 56 ss.; GUERINONI, *I contratti del consumatore. Principi e regole*, Torino, 2011, *passim*.

<sup>39</sup> La Corte di giustizia ha sancito, più volte, il principio dell'applicabilità diretta delle norme comunitarie: cfr., Corte di giustizia, 19 novembre 2009, C-314/08, *Wojewódzki Sad Administracyjny c. Dyrektor Izby Skarbowej*, in *Raccolta*, 2009, ove si afferma che «il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto comunitario ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale»; conf. già Corte di giustizia, 9 marzo 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. SpA Simmenthal*, in *Raccolta*, 1978; nonché, da ultimo, Corte di giustizia, 21 dicembre 2011, C-495/10, *Centre hospitalier universitaire de Besançon c. Thomas Dutruieux e Caisse primaire d'assurance maladie du Jura*, in *Raccolta*, 2011.

<sup>40</sup> PERLINGIERI, *Una ermeneutica da rinnovare*, in *Le Corti salernitane*, 2013 496; ID., *Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, 159 ss.

<sup>41</sup> PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 334 ss. (ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, cit., 461); ID., *Diritto dei contratti e costituzione europea*, in *Contratto e costituzione in Europa. Convegno di studi in onore di G. Benedetti*, Padova, 2005, 146 s. Sull'idea di mercato quale "locus artificialis" cfr. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2004, spec. 99; GRONDONA, *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora) aperto*, in *Corr. giur.*, 2015, 3, 609 secondo il quale "il mercato regolamentato funziona meglio, cioè in modo più efficiente, che non il mercato libero (nel senso di ordine spontaneo), e quindi, non fallendo, consente la massimizzazione dell'utilità economica individuale; donde un beneficio sociale aggregato".



## 5. La giurisprudenza italiana.

Nonostante che la giurisprudenza comunitaria ripeta costantemente che la caducazione *pura* è l'unico strumento attuabile per contrastare l'uso delle clausole abusive, ben poche volte la nostra giurisprudenza e la nostra dottrina hanno svolto adeguate considerazioni o proposte convergenti. Sono stati prospettati vari scenari interpretativi che possono condurre a soluzioni diverse, molte volte non condivisibili perché rincorrono esclusivamente il punto di equilibrio tra autonomia ed eterointegrazione del contratto. In generale, ogni valutazione è sovente offuscata da una considerazione non corretta dei rapporti tra le norme regolamentari presenti in ciascuno ordinamento e i principi generali sui quali è fondata la normativa comunitaria del settore.

Ciononostante, occorre farsi carico di ricostruire le varie proposte ermeneutiche formulate nel tentativo di limitare il limpido e costante disposto della Corte di Giustizia. Va preliminarmente precisato che gli ordinamenti di alcuni Stati membri, espressamente, prevedono nella normativa di recepimento della Direttiva che, se la clausola è dichiarata abusiva, è applicabile la norma dispositiva che era stata derogata dal professionista. Il § 306, 2. Absatz, BGB («Soweit die Bestimmungen nicht Vertragsbestandteil geworden oder unwirksam sind, richtet sich der Inhalt des Vertrags nach den gesetzlichen Vorschriften»)<sup>42</sup> delinea un sistema di caducazione ed integrazione vigente anche negli ordinamenti di altri Stati membri che hanno disciplinato sul modello tedesco le condizioni generali di contratto<sup>43</sup>. In tali contesti

normativi, anche dopo le sentenze della Corte, si osserva che l'ammissione di soluzioni nazionali non si porrebbero, comunque, in contrasto con gli enunciati: l'orientamento dei giudici europei ammetterebbe l'intervento interpretativo "domestico" per la restante parte del contratto e, dunque, le tecniche conosciute in Germania e Austria sarebbero implicitamente ammissibili poiché non si andrebbe a modificare, di fatto, il contenuto del contratto<sup>44</sup>. Ne conseguirebbe che anche con la diversa tecnica di integrazione l'effetto dissuasivo non sarebbe compromesso, soprattutto nei casi in cui il professionista si sia rivelato disponibile e "accomodante"<sup>45</sup>.

Diversamente, in assenza di una esplicita previsione, si tenta, a volte, di mettere in discussione che la nuda caducazione della clausola abusiva sia più favorevole al consumatore rispetto ad una correzione dispositiva o giudiziale.

Scarse le applicazioni dei principi enunciati nella prassi giurisprudenziale italiana. Due *leading cases*: Trib Genova, 14 febbraio 2013<sup>46</sup>, ABF, Collegio di Roma, 23 maggio 2014, n. 3415<sup>47</sup> e, in parziale correzione, ABF, Collegio di coordinamento, 24 giugno 2014, n. 3955<sup>48</sup>.

La sentenza del Tribunale di Genova recepisce il paradigma della *caducazione pura* come conseguenza dell'accoglimento delle eccezioni di nullità, limitandosi ad evocare la sentenza del Banco español. Per la verità, oltre a ritenere non dovuti gli interessi moratori nella misura legale estende la gratuità anche agli interessi corrispettivi, poiché «dal momento della risoluzione è dovuto

---

dissimile all'interpretazione integrativa o suppletiva. Specifica H. HEINRICH, § 306, in *Palandt. Kommentar zum BGB*, 75<sup>a</sup> ed., München, 2016, che quest'ultima è possibile solamente in caso di lacune del diritto dispositivo e presuppone comunque la totale caducazione della clausola invalida, che giustifica l'integrazione di natura giudiziale.

<sup>44</sup> Diversamente si ritiene che l'intervento del giudice potrebbe portare ad una "geopardizzazione" della tutela nei Paesi dell'Unione: v., A. WENDENBURG Nota alla sentenza in esame, in *EuZW*, 2012, p. 754 ss., che dà conto, altresì, della *Geltungserhaltende Reduktion*, tecnica che prevede la divisione della clausola invalida – qualora possibile – e la conservazione del suo nucleo valido (*ivi*, 760).

<sup>45</sup> P. SCHLOSSER, *Todesstoß für ergänzende Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB-Bestandteilen in Verbraucherverträgen?*, nota a Corte di Giustizia, 14 giugno 2012, n. C618/10, Banco Español de Crédito, in *IPRax*, 2012, p. 507 ss.,

<sup>46</sup> V. in Nuova giur. civ. comm., 2013, I, 1059 con nota di F. P. PATTI, *Sul controllo di vessatorietà delle clausole nei contratti dei consumatori: ruolo del giudice e criteri di valutazione*. Nello stesso senso anche Trib. Nola, 19 settembre 2011, in *Dir. Giur.*, 2011 401 con nota di FAVAROLO.

<sup>47</sup> V., in *I Contratti*, 2014, 737.

<sup>48</sup> V., in [www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni](http://www.arbitrobancariofinanziario.it/decisioni)

<sup>42</sup>K. UFFMANN, *Der BGH und die ergänzende Vertragsauslegung*, in *NJW*, 2012, p. 2225 ss., spec. 2229, svolge un'interessante analisi delle decisioni assunte dal BGH in materia. L'Autrice segnala, in particolare, come la pronuncia della Corte potrebbe rivelarsi come un pericoloso "boomerang" per il dettato del § 306 BGB e, se condivisa, metterebbe erroneamente in discussione non soltanto la *ergänzende Vertragsauslegung*, ma anche l'integrazione per il tramite del *dispositives Recht*. Sulle tematiche evocate, v., per ulteriori riferimenti in generale, W. Zöllner, *Vertragskontrolle und Gerechtigkeit*, in *NZA-Beil.*, 2006, p. 106.

<sup>43</sup> Nel caso di inefficacia di *Allgemeine Geschäftsbedingungen* (condizioni generali di contratto), ai sensi del combinato disposto dei §§ 157 e 306, Abs. 2, BGB, il contenuto del contratto potrebbe essere integrato tramite interpretazione del giudice, allorché la disciplina dispositiva si riveli inadeguata o manchi. Si discute, in tal senso, di *richterliche ergänzende Vertragsauslegung*. Al riguardo, infatti, è usuale la distinzione tra integrazione mediante *Dispositives Recht* o tramite *Ergänzende Vertragsauslegung*: mentre la prima tecnica prevede la sostituzione delle clausole invalide con norme derogabili, la seconda prevede un intervento giudiziale non



solo il capitale e gli interessi moratori (se validamente pattuiti)».

Più complessa ed argomentata appare la pronuncia della ABF, Collegio di Roma, che esamina, preliminarmente, quali possano essere i parametri di valutazione sulla vessatorietà in un tasso previsto per gli interessi moratori.

Anche con il richiamo della giurisprudenza della Corte di giustizia si ritiene indispensabile il raffronto con il tasso concordato per gli interessi corrispettivi, poiché il rapporto quantitativo intercorrente può segnalare un abuso del predisponente il contenuto contrattuale (a meno che questi dimostri che la clausola è stata oggetto di specifica trattativa con il consumatore art. 34, comma 5, cod. cons.). Ogni qualvolta il rapporto quantitativo tra gli interessi corrispettivi e quelli moratori è manifestamente eccessivo<sup>49</sup>, la clausola dovrebbe essere considerata abusiva e, quindi, nulla. Il Collegio affronta la tematica della applicabilità dell'art. 1224, comma 1, c.c. per verificare se sia possibile integrare il contenuto contrattuale, dopo l'eliminazione della disposizione pattizia, ed individuare il tasso degli interessi moratori in quello fissato convenzionalmente per quelli corrispettivi<sup>50</sup>. Il richiamo dell'art. 6, §1, e dell'art. 7, §1, della Direttiva, nonché della giurisprudenza comunitaria, consentono al Collegio di ritenere che non sia possibile attribuire al giudice né il potere di ridurre la penale manifestamente eccessiva *ex art.* 1384 c.c. né di integrare il contenuto contrattuale con il richiamo del tasso di interessi corrispettivi *ex art.* 1224, comma 1, c.c. Gli interventi, pur ripristinando l'equilibrio nel contratto, creerebbero una situazione per la quale «il finanziatore si troverebbe nella stessa situazione giuridica in cui si sarebbe trovato laddove la clausola abusiva non fosse stata apposta nel contratto senza subire alcuna conseguenza giuridica ulteriore che sia economicamente svantaggiosa»<sup>51</sup>.

Verrebbe, così, meno l'apporto regolatore della Direttiva ed il risultato equiparerebbe le soluzioni normative tra consumatori e non consumatori, poiché le tecniche di integrazione codicistiche sarebbero applicabili per ogni fattispecie a prescindere dalla qualità soggettiva dei contraenti.

La clausola abusiva, si conclude, viene espunta dal contratto senza l'intervento integrativo dell'art. 1224, comma 1, c.c. che, per queste ipotesi, sarebbe incompatibile con gli artt. 6 e 7 della Direttiva. Si aggiunge, però, «Fermo restando che è dovuto il

pagamento delle quote di interessi corrispettivi che sono inglobati nelle rate già scadute, essi continuano altresì a decorrere sulle quote di capitale ivi inglobate, fino a quando non è adempiuta dal soggetto finanziato l'obbligazione di restituirle»<sup>52</sup>.

La riflessione dell' ABF consente di precisare anche un passaggio, spesso sottovalutato: la presenza nel nostro ordinamento di una legislazione antiusura, che fissa il criterio del tasso soglia, non interferisce con la valutazione sulla manifesta eccessività del tasso moratorio. Per cui se il tasso convenzionale è superiore al tasso soglia o se, sebbene al di sotto di tale parametro, risulti manifestamente eccessivo la clausola sarà nulla. La duplice protezione si giustifica, ancora una volta, per la presenza del contraente consumatore che si vede destinatario di una tutela rafforzata rispetto al contraente non consumatore che potrà beneficiare soltanto della legislazione antiusura e della più mitigata protezione degli artt. 1224, comma 1, c.c. e 1384 c.c.<sup>53</sup>.

Le coerenti argomentazioni della decisione hanno evocato l'intervento del Collegio di coordinamento della ABF che, pur condividendo il presupposto fattuale, che nel caso in esame la clausola relativa al tasso di interessi moratori fosse in contrasto con l'art. 33, comma 2, lett. f cod. cons. per manifesta eccessività, ha svolto riflessioni diverse rispetto la giurisprudenza comunitaria sulla caducazione *pura*. Si ritiene, infatti, che l'applicazione dell'art. 1224 c.c. con la equiparazione tra interessi corrispettivi e quelli moratori non sia confliggente con i principi europei.

La decisione valuta anche la possibilità di applicare il modello sanzionatorio di cui all'art. 1815, comma 2, c.c. «seguendo il quale si dovrebbero considerare come non dovuti dal consumatore tutti gli interessi pattuiti, o alternativamente una applicazione adattata del

<sup>52</sup> Testualmente come *supra*, 739.

<sup>53</sup> Diversamente. F. PIRAINO, *Usura e interessi*, in AA. VV., *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, G. D'AMICO (a cura di), Torino, 2016, p. 171, il quale nega che il superamento del tasso soglia sia indice della vessatorietà della clausola, così come nega che la predeterminazione di interessi moratori usurari rappresenti una clausola necessariamente abusiva. Anche la giurisprudenza nazionale di altri Paesi si è adeguata al giudicato della Corte: V. Tribunal d'instance d'Orléans, 3 juillet 2014, n° 11-12-001679, in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1685 che ha deciso in conformità all'orientamento del giudice comunitario, condannando il consumatore a restituire solo il capitale e non gli interessi. V., anche, COLOMBO, *Gli interessi nei contratti bancari*, Capobianco (a cura di), *I contratti bancari*, in *Trattato dei contratti*, Rescigno e Gabrielli (diretto da), Milano, 2016, 512 ss.; CARRIERO, *Credito, interessi, usura: tra contratto e mercato*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, 1, 118 ss.; sul punto, già Dolmetta, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali.*, *ivi*, 2013, 5, 511.

<sup>49</sup> Nel caso in esame il tasso degli interessi corrispettivi era pari al 6,50% e quello dei moratori era l'11% con un rapporto di quasi il 100%

<sup>50</sup> In questi passaggi in *Contratti*, 2014, 738 s.

<sup>51</sup> Come *supra*, 739.





disposto dell'art.1224 c.c. pervenendo a considerare.....come non dovuti gli interessi moratori, con la loro sostituzione non mediante il riferimento agli interessi corrispettivi pattuiti nel contratto, ma con la misura degli interessi legali, secondo il modello previsto, ad altri fini, dall'art. 125 bis, comma 7, TUB».

Entrambe le soluzioni sembrano apparire incoerenti al Collegio, poiché l'art. 1815 c.c. sarebbe norma speciale non applicabile analogicamente<sup>54</sup> e l'applicazione di «uno spezzone della norma suppletiva di cui all'art. 1224 c.c. comporterebbe una diversa, ma non meno grave scorrettezza ermeneutica posto che è elementare che le norme si applicano nella loro interezza e non già selettivamente». Va notato su tale affermazione che l'interprete ha il compito di ricostruire la *regola* giuridica unitaria, componendo ed intarsiando i segmenti delle varie norme, speciali e generali, sopra e sotto ordinate<sup>55</sup>.

Gli Arbitri proseguono sul fondamento di dover dimostrare che la caducazione “*pura*” dovrebbe subentrare soltanto e se il meccanismo risolutivo dell'art. 1224 c.c. privasse la «sanzione stessa di un carattere realmente dissuasivo», poiché soltanto in quest'ipotesi la sostituzione sarebbe in contrasto con l'art. 6 §1 della Direttiva. L'effetto dell' applicazione dell' art. 1224 c.c. «è quello di estendere al periodo di mora il tasso degli interessi corrispettivi stabiliti contrattualmente ove quest'ultimo tasso sia, come quasi sempre accade, superiore al tasso legale». Pertanto, il professionista perderebbe il diritto di percepire la differenza tra il tasso di interessi corrispettivi e quelli moratori, che non è di importo modesto, poiché il presupposto della nullità è che la differenza sia manifestamente eccessiva. Il deterrente risulterebbe, inoltre, più che adeguato, poiché un rimedio differente «non può spingersi sino alla cancellazione di ogni obbligo di pagamento degli interessi sulle somme ricevute a mutuo perché *in tal caso si creerebbe un incentivo assai elevato all'inadempimento nelle obbligazioni pecuniarie con conseguente sconvolgimento del*

*sistema del credito*». Su tali osservazioni è stato, però, sottolineato che, sebbene l'effetto penalizzante di sistema è molto alto, « i valori personalistici di mutuatari seriali hanno un coefficiente di rilevanza costituzionale notoriamente più pronunziato di quanto non sia quello che assiste l'interesse patrimoniale dell'istituto mutuante»<sup>56</sup>.

Le notazioni appaiono essere soltanto formalmente divergenti con le conclusioni delle riflessioni del Collegio romano che, ritenendo applicabile la caducazione *pura*, non esclude che sia «dovuto il pagamento delle quote di interessi corrispettivi che sono inglobati nelle rate già scadute». La coincidenza svanirebbe, però, se dalla sorta capitale, ancora dovuta ed inadempita, non debbano esser estrapolati gli interessi corrispettivi già calcolati nelle rate.

Altro elemento di debolezza è che la sostenuta inapplicabilità dell'art. 1815 c.c. non tiene nel giusto conto che in ogni tipologia di contratto, a prescindere dalla qualifica soggettiva di consumatore oppure no, la verifica sul superamento del tasso soglia è costantemente operata dalla giurisprudenza sommando il tasso degli interessi moratori a quelli corrispettivi<sup>57</sup> con soluzione diversa dalle istruzioni della Banca d'Italia<sup>58</sup> e dalle susseguenti decisioni della ABF<sup>59</sup>. Va anche

<sup>56</sup> Così S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, in *I Contratti*, 2014, 864.

<sup>57</sup> La nota sentenza Cass., 9 gennaio 2013, n. 350, in *Danno resp.*, 2014, 193 è pedissequamente applicata dalle corti di merito: v., *ex multis*, Trib. Milano, 28 gennaio 2014, in *Foro pad.*, 2014, I, p. 528; Trib. Parma, 25 luglio 2014, in *Foro it.*, 2014, c. 3601; Cass., 11 gennaio 2013, n. 602, in *Nuova giur. civ.*, 2013, I, p. 653; Trib. Enna, 12 gennaio 2015, in *Foro it.*, 2015, I, c. 715; per ulteriori indicazioni v., T. BARATTA, *La rilevanza della mora nella determinazione dell'usura: limiti al cumulo degli interessi*, in *Dir. merc. ass. fin.*, Napoli, 2016, 1, 22 ss.

<sup>58</sup>Cfr., da ultimo, le istruzioni per la rilevazione dei tassi effettivi globali medi ai sensi della legge sull'usura, aggiornamento aprile 2015, in [www.bancaditalia.it](http://www.bancaditalia.it). Ove esplicitamente si esclude dal conteggio del tasso soglia gli interessi moratori e delle penali in genere quale obbligazione soltanto eventuale.

<sup>59</sup> Così *ex multis* ABF, Collegio di Napoli, 9 settembre 2015, n. 6836, in [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it); ABF, Collegio di Napoli, 3 giugno 2015, n. 4455, *ivi*; ABF, Collegio di Roma, 16 gennaio 2015, n. 303, *ivi*. ABF, Collegio di Roma, 29 maggio 2015, n. 4430; ABF, Collegio di Milano, 24 novembre 2015, n. 8691, *ivi* l'orientamento ormai consolidato dell'ABF e confermato nei Chiarimenti della Banca d'Italia del luglio 2013 in materia di applicazione della legge antiusura, è nel senso che non si può porre in relazione la misura degli interessi moratori con il c.d. tasso soglia previsto per gli interessi corrispettivi, poiché i primi sono dovuti solo nel caso di inadempimento del cliente; ABF, Collegio di Milano, 1 dicembre 2015, n. 8884, *ivi*; ABF, Collegio di Roma, 1 marzo 2016, n. 1939, *ivi*; ABF, Collegio di Roma, 8 giugno 2016, n. 5403, *ivi*.

<sup>54</sup> Sul punto, cfr. D'APOLLO, *Interessi ed usura, in Il mutuo. Il sistema delle tutele*, Cassano (a cura di), Padova, 2009, 231 ss.; l'applicazione analogica dell'art. 1815 c.c. andrebbe esclusa, data la natura parapenalistica della norma, in base al disposto dell'art. 14 disp. prel. c.c.: in tal senso NONNE, *Il microcredito solidale: profili tipologici e proposte disciplinari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2011, I, 70, nt. 86; per un commento all'iter argomentativo seguito dagli Arbitri v. CARRIERO, *o.l.u.c.*, 119.

<sup>55</sup> Per una analoga prospettiva, sia pure con riferimento all'interpretazione del contratto, v. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, *passim*; IRTI, *Testo e contesto*, Padova, 1996, 63 ss.; GENTILI, *Senso e consenso. Storia teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Torino, 2015, 53 ss.

aggiunto che in tali ipotesi alcune sentenze di merito travolgono anche il tasso di interessi corrispettivi, imponendo la sola restituzione della sorta capitale<sup>60</sup>. E' evidente che nella somma delle due tipologie di tassi, il calcolo, finalizzato alla valutazione del superamento del tasso soglia, dovrà far riferimento al c.d. *spread*, ossia alla maggiorazione prevista per il tasso moratorio e non agli interessi di mora nella loro globalità<sup>61</sup>.

In ogni caso sembra che entrambi i Collegi sostengano che i soli interessi corrispettivi convenzionali debbano essere dovuti sulla sola sorta capitale inadempita o che le quote di interessi, già calcolate nelle rate scadute ed inadempite o in quelle in scadenza debbano essere corrisposti<sup>62</sup>.

Non è giustificabile che il debitore, ancorchè consumatore, non si faccia carico di alcuna remunerazione per ulteriore dilazione rispetto al programma iniziale. Questo non significa, però, che ciò avvenga come forma di risarcimento del danno, preventivamente determinato, poiché la clausola relativa agli interessi moratori nulla viene caducata.

In quest'ottica va evidenziato che nel contesto ordinamentale italiano la legislazione antiusura crea una protezione ulteriore anche per i consumatori; se il calcolo tra interessi corrispettivi e *spread* di quelli moratori supera il tasso soglia, è normativamente prevista la gratuità dell'intero accordo negoziale con un effetto ancor più deterrente<sup>63</sup>.

In altre ipotesi, nelle quali non ci siano i presupposti di tale normativa, non è giustificabile

<sup>60</sup> V., da ultimo, Trib. Padova, 8 maggio 2014, in [www.dirittocivilecontemporaneo.com](http://www.dirittocivilecontemporaneo.com)

<sup>61</sup> V., in ordine ai criteri di calcolo da adoperare ai fini della verifica del superamento del tasso soglia, MARCELLI, *La mora e l'usura: criteri di verifica*, [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 17 giugno 2014, 3, il quale sottolinea che «Non è il tasso di mora che va sommato al tasso corrispettivo, bensì è la maggiorazione che va sommata al tasso corrispettivo per ottenere il tasso di mora»; TANZA, *Verifica del superamento del tasso soglia e gratuità del contratto*, nota a Trib. Chieti, 23 aprile 2015, [www.altalex.com](http://www.altalex.com), 2 settembre 2015, là dove si evidenzia che, ai fini del calcolo dell'eventuale sfioramento della soglia di usura, «non si deve effettuare la sommatoria degli interessi di mora con quelli corrispettivi, ma si dovrà sommare il tasso degli interessi corrispettivi con la maggiorazione (*spread*) prevista per calcolare i tassi moratori».

<sup>62</sup> In tal senso v., Trib. Reggio Emilia, 24 febbraio 2015, in *Foro it.*, 2015, c. 1805, secondo la quale l'usuraietà degli interessi moratori non travolge gli interessi corrispettivi, i quali non saranno colpiti da nullità

<sup>63</sup> Sul rapporto tra clausole abusive e usura cfr. D'Amico, *Interessi usurari e contratti bancari*, in *Contratti*, 2016, 299. Sui profili civilistici inerenti alla normativa antiusura e i relativi riflessi applicativi v. Sassi, *Esegesi e sistema del contratto usurario*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 2, 10247; Colombo, *Gli interessi*, cit. 512 ss.; Guida, *Della Massara, De Poli, Dalla Paola, Materia, Le obbligazioni pecuniarie*, in Aa.Vv., *Trattato delle obbligazioni. Le figure speciali*, Patti e Vacca (a cura di), Padova, 2010, 509 ss.

che l'effetto deterrente possa essere costituito dalla rimodulazione del tasso moratorio a quello convenzionalmente stabilito per gli interessi corrispettivi; soprattutto se i primi verranno considerati nella base di calcolo degli interessi moratori ancor dovuti anche se ridimensionati.

## 6. L'interpretazione dottrinale.

In questo contesto bisogna tentare di enucleare le riflessioni che la dottrina anche non italiana ha svolto su tali vicende, con il dubbio che siano spesso influenzate dallo stereotipo che la disciplina dei contratti dei consumatori sia una sorta «di congedo dell'autonomia privata»<sup>64</sup> da limitare e circoscrivere.

La dottrina che si è occupata di questa tematica si è, quasi costantemente, orientata per la soluzione dell'integrazione mediante la disciplina dispositiva e ha cercato di interpretare anche i dispositivi della Corte in maniera coerente con le proprie ricostruzioni.

Una consolidata interpretazione si era occupata dell'integrazione del contratto e della sostituzione delle clausole nulle prima della normativa europea, attenzionando la disciplina delle condizioni generali di contratto e della eventuale loro nullità o inefficacia in generale; si concludeva sempre per l'applicazione del diritto dispositivo derogato dalla clausola nulla<sup>65</sup>. Anche dopo la Direttiva 93/13 si è dato per 'scontato' che lo specifico scopo perequativo si raggiungesse attraverso lo schema di non vincolatività della clausola e della sua sostituzione con la norma dispositiva corrispondente<sup>66</sup>. Si evidenziava anche che il

<sup>64</sup> MEDICUS, *Abschied von der Privatautonomie in Schuldrecht?*, Kohn, 1994, 14 ss.; sul quale v., BARENGHI, *Recensione*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1995, 181 ss.; PATTI, *Tradizione civilistica e codificazioni europee*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Macario - Miletti (a cura di), Milano, 2006, 86.

<sup>65</sup> DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 480 ss.; S. PATTI, in G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il Codice civile, Commentario* diretto da Schlesinger, Milano, 1993, 360; FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, 17 ss., ora in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1994, 395 ss.; NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, 135 ss.; CHINÈ, *Contratti di massa b) diritto vigente*, in *Enc. Dir. Aggiornamento*, Milano, 1997, I, 419; per una ricostruzione storica dell'argomento v. CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, Galgano (diretto da), Padova, 2005, 9 ss.

<sup>66</sup> MAUGERI, *Contratti caratterizzati da squilibrio di potere: costruzione di un modello unitario di rimedio invalidativo o pluralità di modelli?*, in *Studi in onore per Giovanni Nicosia*,

meccanismo integrativo non poteva indurre risultati più sfavorevoli per il consumatore della presenza della clausola<sup>67</sup>. Nella direzione del meccanismo integrativo si è esclusa l'applicabilità dell'art. 1374 c.c., poichè la norma svolgerebbe una funzione di strumento per integrare lacune originarie e non successive, nell'ipotesi, cioè, che le parti abbiano omesso la disciplina convenzionale; il meccanismo sarebbe concettualmente diverso dalla sostituzione delle clausole prevista dall' art. 1339 c.c.<sup>68</sup>.

Per altri l'intervento della normativa europea avrebbe determinato che «anche il diritto dispositivo sia diventato fonte (e materia) dell'integrazione "cogente" del contratto (nei casi in cui la deroga ad esso possa considerarsi "abusiva")». Ne consegue che la deroga abusiva deve considerarsi "tamquam non esset" non avendo la forza di escludere l'applicazione del regolamento legale che, dunque, si inserisce nel contratto come sarebbe avvenuto se nessuna regolamentazione pattizia fosse stata sul punto formulata»<sup>69</sup>.

Milano, 2007, 256; CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, 39; discorre di interventi correttivi tesi non già a invalidare il contratto nel suo complesso, ma a conservarlo, attraverso rimedi per lo più conservativi e nel contesto di una tutela preventiva, GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, 2, 202; Di Marzio, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. impr.*, 2006, 3, 709 ss.; definisce «tecnica ormai nota» l'interpolazione del contratto nullo con il diritto dispositivo derogato MINERVINI, *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardo pagamento*, in *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, Di Marzio (a cura di), Napoli, 2004, 215; più recentemente D'ADDA, *Nullità parziale ed integrazione del contratto con regole dispositive*, in *Le forme della nullità*, Pagliantini (a cura di), Torino, 2009, 127 ss.

<sup>67</sup> V. MÚRTULA LAFUENTE, *La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos*, Madrid, 2012, p. 81 s., già nell'esaminare l'articolo 83 r.d.l. 1/2007, nella sua precedente formulazione, osservava che questa norma, a differenza delle altre ipotesi di intervento eteronomo, fa salva l'ipotesi che l'integrazione equitativa comporti un maggior pregiudizio per il consumatore.

<sup>68</sup> In tal senso D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 258 e DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contratto e impresa*, 2006, 673, 688. *Contra* PAGLIANTINI *Appunti a margine di Cass. 9735/203: l'art. 1374 e la lacuna sopravvenuta*, in D'AMICO E PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Saggi, Torino, 2013, 203 ss.

<sup>69</sup> D'AMICO, *L'integrazione cogente del contratto mediante il diritto positivo*, in D'AMICO E PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Saggi, Torino, 2013, 248 ss. Già prima GABRIELLI, *Norme imperative ed integrazione del contratto*, in *Scritti in onore di Sacco*, Milano, 1994, 485 s.; GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011, 269; CASTRONOVO, *o.u.c.*, 39; D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»: Regole*

Il contesto interpretativo, orientato a meccanismi integrativi anche se con diversità di opinioni circa gli strumenti normativi idonei, escludendo il ruolo della caducazione pura si deve, però, confrontare con gli enunciati della Corte.

Variegate le posizioni interpretative: la Corte nell'ipotesi di caducazione della clausola avrebbe vietato la correzione giudiziale<sup>70</sup> e non avrebbe preso posizione sull'integrazione del contratto con la disciplina dispositiva<sup>71</sup>. La disciplina europea mirerebbe a stigmatizzare il profilo abusivo della clausola senza, però, delineare una *iperprotezione* del consumatore attraverso un regolamento di interessi assai più vantaggioso di quello che sarebbe assicurato da una clausola pattizia non abusiva<sup>72</sup>. La direttiva, inoltre, prevede che il contratto sia conservato depurato dalla clausola abusiva "secondo i medesimi termini"; la locuzione non impedirebbe la rideterminazione dei contenuti della clausola caducata<sup>73</sup>. La mancata integrazione,

*dispositive in funzione «conformativa» ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in AA. VV., *Le invalidità nel diritto privato*, Bellavista e Plaia (a cura di), Milano, 2011, 366 ss.

<sup>70</sup> D'AMICO, *o.c.*, 249.

<sup>71</sup> In tal senso, D'AMICO, *L'integrazione cogente del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., 243; ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Joros e Asbeek Brusse*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2013, 401 ss.; VALLE, *La vessatorietà delle clausole oltre la nullità parziale*, in *Contratto e impresa*, 2014, 116; già ID., *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in *Contratto e impresa*, 2011, 1366. In tal senso anche i commentatori tedeschi ritengono che la lacuna contrattuale va colmata ai sensi del §306 Absatz 2, BGB. Cfr., PFEIFFER, *Verbot geltungserhaltender Reduktion und ergänzende Vertragsauslegung nach der EU-Klauselrichtlinie*, in *LMK*, 2012,339. Per riflessioni a carattere più ampio nell'ordinamento inglese MICKLITZ, REICH, *The Court and Sleeping Beauty: the Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)*, in *Common Market Law Review*, n. 51, 2014, 771 ss.; RIEFA, *Codification: The Future of English Consumer Law?*, in *European Journal of Consumer and Market Law*, 2015, 1-2, p. 12ss.; per una visione più ampia anche di altri ordinamenti cfr., [Hondius](http://Hondius), *'UnfairContractTerms and the Consumer: ECJ Case Law, ForeignLiterature, and Their Impact on Dutch Law'*, in *EuropeanReview of Private Law*, 2016, 3/4, 457 ss.

<sup>72</sup> PAGLIANTINI, *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, in *Persone e mercato*, 2012, 786. Per i medesimi rilievi v., già, P. SCHLOSSER, *Todesstoß für ergänzende Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB-Bestandteilen in Verbraucherverträgen?*, cit., p. 507 ss., spec. p. 514 s., il quale, nel difendere le soluzioni tradizionalmente adottate nell'esperienza tedesca e austriaca, critica duramente la posizione della Corte di Giustizia. Infatti, pone in luce la sostanziale ingiustizia di simili ricostruzioni, dal momento che, in concreto, si finirebbe con l'attribuire un ingiustificabile vantaggio per «centinaia di consumatori».

<sup>73</sup> GENTILI, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, in *Riv.dir. civ.*, 1997, I, 432 s.



infatti, è essa stessa «una vera e propria -ed assai radicale- tecnica integrativa. Perchè... la correzione di un regolamento negoziale può avvenire anche mediante 'sottrazione'»<sup>74</sup>. Quindi, la caducazione *pura* «comporta di per sé una correzione del regolamento»<sup>75</sup>. A sostegno della sola eliminazione della clausola non sembra convincere nemmeno l'argomentazione ricavabile dall'art. 7 della Direttiva, poiché la norma non legittimerebbe «in modo generalizzato tecniche sanzionatorie. Il pur delineato obiettivo deterrente e sanzionatorio, così, non necessariamente andrebbe perseguito con qualsiasi mezzo e con modalità nettamente sbilanciate a favore del consumatore. Effetto di tale entità sarebbe possibile soltanto con previsioni esplicite del legislatore nazionale»<sup>76</sup>. Anche in altri contesti si è osservato che con la sentenza del 21 gennaio 2015 non si è esclusa del tutto la possibilità di un intervento giudiziale. La Corte di Giustizia, infatti, imporrebbe la caducazione *pura* della clausola vessatoria unicamente nelle ipotesi di contratti con i consumatori e sempre che non si tratti di clausola essenziale ovvero che la sua eliminazione non pregiudichi maggiormente il consumatore. Pertanto, resterebbe possibile in alcuni casi anche per il giudice spagnolo di sostituire gli interessi moratori che superano il limite stabilito nella ley hipotecaria con quelli legali<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> ROPPO, *Nullità parziale e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, 707; D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 65.

<sup>75</sup> D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria*, cit., 28; PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *I Contratti*, 2013, 408; per T. PFEIFFER, *Europäisch-autonome Auslegung der Klauselrichtlinie am Beispiel der Hauptleistungsklauseln*, in *NJW*, 2014, p. 3072 s., proprio con riferimento al *leading case* testé citato, l'interpretazione integrativa del contratto sarebbe comunque ammissibile, malgrado l'intervento in senso contrario dei giudici europei, per diverse ragioni. In primo luogo, l'interpretazione integrativa, presupponendo la caducazione totale della clausola vessatoria, non rappresenterebbe affatto un mero ritorno del contratto al suo contenuto minimo lecito. Inoltre, questa soluzione non necessariamente ostacolerebbe la realizzazione dell'effetto dissuasivo perseguito dal legislatore europeo, per effetto della caducazione, come invece ipotizzato dalla Corte di Giustizia.

<sup>76</sup> D'ADDA, *o.l.u.c.*

<sup>77</sup> M.G. RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *Las consecuencias de la existencia de una cláusula abusiva en el contrato de préstamo hipotecario: especial referencia a los intereses moratorios*, in *Revista de derecho inmobiliario*, 2015, n. 749, págs. 1565 a 1583, spec. pag. 1579; Nello stesso senso v. altresì A.I. BERROCAL LANZAROT, *Los intereses de demora en los préstamos hipotecarios y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de Enero de 2015*, in *Actualidad civil*, n. 3, 2015; E. LEVITS, *Cláusula de intereses de demora de carácter abusivo en un procedimiento de ejecución hipotecaria: TS Sala Primera, S 21 enero 2015, La ley 28/2015*, in *La Ley Unión Europea*, n. 26, 2015, p. 70 s.

Secondo altri, i giudici di Lussemburgo avrebbero travolto sia la correzione giudiziale che l'integrazione con il diritto dispositivo nazionale<sup>78</sup>. L'applicazione sistematica della soluzione offerta dal diritto civile, cioè l'applicazione degli interessi al tasso legale maggiorato a seguito di una pronuncia di decadenza del diritto agli interessi, potrebbe rivelarsi una applicazione «mécanique» che non tiene in adeguata considerazione le specificità del diritto dei consumatori e contrasterebbe con l'obiettivo di dissuasione della sanzione, ribadito dalla Corte di giustizia<sup>79</sup>. La soluzione della Corte è in sintonia con parte della giurisprudenza<sup>80</sup> di alcuni ordinamenti da tempo contraria all'applicazione dell'interesse legale a seguito di una pronuncia di decadenza<sup>81</sup>, meno che mai nel contenzioso relativo ai consumatori<sup>82</sup>. In

<sup>78</sup> Così F.P. PATTI, *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto*, in *I Contratti*, 2014, 744.

<sup>79</sup> G. POISSONNIER, *Une première étape vers une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation*, in *Recueil Dalloz*, 2014, p.1307 ss. che critica l'orientamento della giurisprudenza della Corte di Cassazione francese (c.d. *jurisprudence Theret*, dall'omonima sentenza della *Cour de cassation*, 1re civ., 26 novembre 2002, n° 00-17.119, in *Recueil Dalloz*, 2003, p. 273)

<sup>80</sup> D. LEGAIS, *Crédit à la consommation: portée de la déchéance des intérêts*, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, 2015, p. 139 ss.: rileva che anche la giurisprudenza precedente di diverso avviso dovrà recepire il diverso orientamento a seguito della sentenza della Corte.

<sup>81</sup> G. RAYMOND, obs. *Cour de Cassation Civile 1ère*, 27 mai 2003, n° 01-03.781, *Bull. civ. I*, n° 131; G. BIARDEAUD ET P. FLORES, *Le contentieux du droit de la consommation*, éditions École nationale de la magistrature (ENM), vol. 1, mars 2005, p. 120; G. POISSONNIER, *Pour une vraie déchéance du droit aux intérêts en droit du crédit à la consommation*, in *Étude par Ghislain Poissonnier, Contrats, Concurrence, Consommation*, 2013, 10.

<sup>82</sup> Tribunal d'instance Périgueux, 8 ottobre 1993, in *Bulletin d'information de la Cour de Cassation*, 15 dicembre 1993, n° 1370; Cour d'Appel Limoges, 16 gennaio 1996, in *Contrats Concurrence Consommation*, 1996, Commento n° 68, con osservazioni di G. Raymond; Tribunal d'instance Périgueux, 30 agosto 1996, in *Contrats Concurrence Consommation*, 1996, Commento n° 207, osservazioni di G. Raymond; Bordeaux, 21 ottobre 1997, in *Contrats Concurrence Consommation*, 1998, Commento n° 52, osservazioni di G. Raymond; Tribunal d'instance Angoulême, 7 gennaio 1998, Tribunal d'instance Périgueux, 30 agosto 1996, in *Contrats Concurrence Consommation*, 1996, Commento n° 207, con osservazioni di G. Raymond 1998; Commento n° 51, osservazioni di G. Raymond; Rennes, 5 novembre 1998, in *Contrats Concurrence Consommation* 1999, Commento n° 13, osservazioni di G. Raymond; *Dalloz Affaires*, 1999, 27; Tribunal d'instance Niort, 15 maggio 2002, in *Contrats Concurrence Consommation*, 2002, Commento n° 115, con osservazioni di G. Raymond; Tribunal d'instance Roubaix, 11 giugno 2004, in *Contrats Concurrence Consommation*, 2004, Commento n° 132, con osservazioni di G. Raymond; Tribunal d'instance Thiers, 13 gennaio 2009, n° 08-147; Tribunal d'instance Aurillac, 11 dicembre 2009, n° 09-32; Tribunal d'instance Montluçon, 8 febbraio 2011, n° 11-365). In precedenza, si era pronunciata in senso favorevole





linea generale, è stato più volte ribadito che la normativa in questione ha introdotto negli ordinamenti nazionali un nuovo nucleo di principi generali che l'interprete ha il compito di riconoscere e valorizzare superando interpretazioni derivanti «dalla contingente topografia delle disposizioni legislative»<sup>83</sup>. Ancora più generalmente si è osservato che l'atto di deroga ad una norma dispositiva non è sindacabile e «mette fuori gioco l'applicazione della norma derogata»<sup>84</sup>.

Di converso, altre analisi assumono posizioni più sfumate. Si contestano le decisioni dell' ABF e si ritiene che la scelta del meccanismo integrativo va distinta tra le varie tipologie di operazioni, come, ad esempio, nell'esperienza francese che tiene conto delle differenze tra credito al consumo e credito immobiliare<sup>85</sup>. La policromia interpretativa consente di delineare soluzioni permeate dal principio di proporzionalità tra l'illegalità commessa e la sanzione erogabile. In tale direzione, nella tutela consumeristica del credito al consumo si dovrebbe evitare l'integrazione «o, al più, lo si può fare nella misura di cui all'articolo 125 bis, 7 TUB, poiché la ratio della Direttiva 2008/48/CE è proiettata al perseguimento di obiettivi di efficienza del mercato»<sup>86</sup> attraverso un processo di responsabilizzazione oggettiva dell'attività di impresa. Diversamente, nel credito immobiliare si potrebbe procedere all'integrazione al tasso legale, sicuramente meno conveniente rispetto a quello convenzionale, che svolgerebbe un effetto dissuasivo penalizzante rispetto ad una corrispettività equilibrata tra interessi compensativi e moratori<sup>87</sup>.

all'applicazione degli interessi legali a seguito di una pronuncia di decadenza dal diritto agli interessi convenzionali, tra le altre, Cour de Cassation, 1re civ., 18 mars 2003, in *Recueil Dalloz*, 2003, 1036.

<sup>83</sup> SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori*, cit., 821 s.; evidenza che il c.d. diritto dei consumatori risulta caratterizzato «dall'idoneità a costituire un – sia pure peculiare – sistema, ispirato ad una finalità unitaria»; MACARIO, *Alla ricerca dei «principi comuni» per l'armonizzazione del diritto europeo dei contratti*, in Aa. Vv., *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, Cafaggi (a cura di), Padova, 2003, 30; ID., *sub art. 1374*, in *Comm. cod. civ.* Gabrielli, Navarretta e Orestano (a cura di), Torino, 2011, 700.

<sup>84</sup> Problematicamente D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 251.

<sup>85</sup> V., anche, C. AUBERT DE VINCELLES, *Chronique Droit européen des obligations - Une protection des consommateurs renforcée par la Cour de justice*, in *RTD eur.*, 2012, 666 ss.

<sup>86</sup> PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio*, cit., 867.

<sup>87</sup> PAGLIANTINI, *Nullità di protezione*, cit., 867; C. AUBERT DE VINCELLES, *Chronique Droit européen des obligations - Régime européen des sanctions*, in *Revue Trimestrielle de Droit Européen.*, 2014, p. 724 ss. rileva l'esigenza di una modifica della normativa francese a tutela dei consumatori, a seguito

I tentativi di relativizzare le pronunce della Corte si arrendono, però, almeno per alcuni interpreti, di fronte al martellare sequenziale ed uniforme delle decisioni. In particolare il dispositivo della sentenza del gennaio 2015 sembra, definitivamente, chiudere ogni indecisione sulla posizione della Corte sulla caducazione *pura*<sup>88</sup>. E, così, le varie obiezioni formulate si evolvono, repentinamente in affermazioni del tutto opposte a quanto precedentemente sostenuto e mirate a ribadire che: «l'interprete davvero si trovi al cospetto di un *ius commune*, coniato giudizialmente nel senso pregnante di un *Judge-made law* dell'integrazione contrattuale nei rapporti *b2c*.<sup>89</sup>». Improvvisamente, ci si ricorda che la Corte svolge un ruolo determinante nel processo di armonizzazione, creando un vero e proprio diritto uniforme<sup>90</sup> con le

della sentenza della Corte di Giustizia che impone al giudice nazionale di valutare caso per caso se la sanzione porta all'effetto paradossale di creare un beneficio per il creditore, invece di fargli percepire interessi «significativamente inferiori» a quelli cui avrebbe avuto diritto se avesse rispettato i propri obblighi. L'autrice auspica una soluzione equilibrata da parte del legislatore che non ecceda a favore dei diritti del consumatore («La Cour laisse donc au juge national le soin de cette évaluation impliquant une interprétation du droit national au cas par cas. L'issue est cependant sans surprise. Ce n'est pas la déchéance du droit aux intérêts qui est en cause, mais les intérêts légaux restant dus et particulièrement sa majoration en cas de défaillance issue du droit commun; des aménagements seront donc nécessaires pour une meilleure adaptation à la protection des consommateurs. Le droit français devra cependant veiller à ne pas tomber dans l'excès inverse en rendant la déchéance disproportionnée»).

<sup>88</sup> In ogni caso si cerca di interpretare il dispositivo della Corte sulla compatibilità della normativa nazionale spagnola come mero limite all'ammontare degli interessi moratori riscuotibili sulla proprietà ipotecaria. La quota degli interessi moratori ricavabili dal disposto normativo si sposterebbe sugli altri beni di proprietà del mutuatario. Si parcellizzerebbe il debito per gli interessi a beneficio dei terzi aventi causa. In sintesi la previsione favorirebbe la circolazione degli immobili ipotecati ad evitare che l'esecuzione ne azzeri il valore di mercato: cfr., PAGLIANTINI, *Il «restatement» della Corte di Giustizia*, cit., 427.

<sup>89</sup> PAGLIANTINI, *o.u.c.*, 426.

<sup>90</sup> Rilievi critici in CASTRONOVO, *Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2013, 905 ss.; ID., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 236 ss.; diversamente cfr. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del postmoderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, 3, 367 ss., spec. 377; ALPA, *Diritto privato europeo: fonti normative e programmi di armonizzazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, 1, 28; FRANCHINI, *La formazione di un diritto comune europeo*, Roma, 2013, 87. V., altresì, ZIMMERMANN, *Le droit comparé et l'europeanisation du droit privé*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, 455 ss.; CERRI, *L'integrazione europea nella giurisprudenza delle Corti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999,



sue decisioni che delineano: «delle aggiunte blindate colla corazza di un'interpretazione conforme la cui *vis* espansiva è il riflesso, a mò di effetto correlato, dell'assenza di una vera cornice transnazionale di sistema». Il ruolo dell'interpretazione e dell'applicazione «configurano le ragioni della scienza giuridica e della sua legittimazione e dove la "legge", in quanto tale, non rappresenta che una componente della più complessa creatività della produzione normativa<sup>91</sup>». Diventa, così, ineludibile sostenere «che il professionista, che abusi, nuoce al mercato: l'amputazione *pura* è in realtà ancillare ad un *favor mercatorum* che mette tra parentesi gli interessi dei singoli professionisti visto che ciascuno di loro è, in qualche misura, al servizio di un supposto... interesse comune all'efficienza del mercato<sup>92</sup>». Si denuncia il rischio che l'*ergänzende Auslegung* conduca «fatalmente per conoscere il limite di una diversificata pre-comprensione municipale nell'attività di concretizzazione della clausola generale di buona fede»<sup>93</sup>. Per concludere, con irreversibile rassegnazione, che «la parabola dell'interpretazione integrativa *correttiva* sia destinata, per una preminente ragione di *policy of law*, ad evolvere a breve in senso decrescente»<sup>94</sup>.

1485; VAN ERP, *European Union Case Law as a Source of European Private Law. A comparison with American Federal Common Law*, Deventer, 2001, 5 ss.

<sup>91</sup> Limpidamente, PERLINGIERI, *Applicazioni e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 340; . ID., *Il diritto giurisprudenziale e il ruolo della dottrina*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 11 s.; ID., *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, I, 198; ID., *Giustizia secondo costituzione ed ermeneutica*, in *Femia* (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, 42 s.

<sup>92</sup> PAGLIANTINI, *o.l.u.c.*; SUL PUNTO, v. già IUDICA, *Clausole abusive e razionalità del mercato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, 777; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv. Iudica-Zatti*, Milano, 2001, 754; ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, in *Tratt. contr. Rescigno-Gabrielli, III, I contratti dei consumatori*, Gabrielli e Minervini (a cura di), Torino, 2005, 392, 395; MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2014, 21; CAMARDI, *Integrazione del mercato e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 716 ss.; ID., *La protezione dei consumatori tra diritto civile e regolazione del mercato. A proposito dei recenti interventi sul Codice del Consumo*, [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2013, 305 ss.

<sup>93</sup> S. PAGLIANTINI, *Integrazione di legge e riduzione conservativa*, in *Aa.Vv.*, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamenti nelle transazioni commerciali*, a cura di A.M. Benedetti e S. Pagliantini, Torino, 2013, p. 142

<sup>94</sup> S. PAGLIANTINI, *Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo*, in G. D'Amico e S. Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*. Saggi, Torino, 2013, p. 118 ss.

Su queste notazioni occorre, infine, ricordare che da tempo attente analisi sul fenomeno di integrazione del sistema ordinamentale avevano evidenziato che «una realtà variabile nel tempo, ma sempre più uniforme nello spazio, esige regole possibilmente convergenti nei vari contesti nazionali, ma le riconosce affidate, in misura costantemente crescente, nell'individuazione del loro contenuto concreto, al momento dell'applicazione giurisprudenziale»<sup>95</sup>. Se il contesto contrattuale è il risultato di un concorso di fonti diverse e se esso deve rispondere a finalità di ordine generale che l'accordo negoziale direttamente non individua, ma da cui non può prescindere<sup>96</sup>, si deve tener conto che l'interprete non può continuare ad utilizzare tecniche interpretative ed applicative prevalentemente del sistema ordinamentale interno, ma deve tener conto dei principi generali introdotti dal sistema comunitario e delle loro finalità rispetto alle quali il contratto stesso deve essere strumento sinergico<sup>97</sup>. Qualsiasi "guerra di resistenza", che non sia radicata su solide basi di una tecnica dell'interpretazione del contratto che tenga nella giusta considerazione l'evoluzione del sistema ordinamentale nel suo complesso, è destinata a produrre *revirement* nelle posizioni e soluzioni proposte di primo impatto, così come spesso è accaduto per queste tematiche. Ancor meglio l'interprete non deve offuscare la sua costante determinazione non di rispettare una gerarchia delle fonti e dei valori, ma di ragionare sulla base di un unico sistema ordinamentale "italo-europeo"<sup>98</sup>,

<sup>95</sup> LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in *Riv. Dir. civ.*, 2006, 215. sul punto, già ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, XXXIII; PATTI, *L'interpretazione, il ruolo della giurisprudenza e le fonti del diritto privato*, in *Foro it.*, 2014, V, c. 114.

<sup>96</sup> Sempre LIPARI, *o.c.*, 230.

<sup>97</sup> G. SOLER SOLÉ, *Intereses de demora, TS, TJUE y principio de primacía*, in *Diario La Ley*, n. 8805, 2016, nel commentare le sentenze della Corte di Giustizia concorda con l'impossibilità di sostituire gli interessi moratori abusivi con quelli legali, in virtù della prevalenza della normativa dell'Unione su quella interna, che impone la disapplicazione delle norme interne contrarie alla direttiva europea, in conformità ai principi espressi nel giudicato della Corte di giustizia UE, 9.3.1978, C-106/77 (in *Raccolta*, 1978, 629 consultabile su [www.curia.eu.it](http://www.curia.eu.it)), infatti, «l'applicabilità diretta va intesa nel senso che le norme di diritto comunitario devono esplicitare la pienezza dei loro effetti, in maniera uniforme in tutti gli Stati membri» (par. 14), dal momento che esse non si rivolgono solo allo Stato membro, ma pongono direttamente diritti ed obblighi in capo ai singoli (par. 17).

<sup>98</sup> PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 188 ss.; ID., *Normativa comunitaria, rapporti economici e interpretazione*, in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 1993, 1-4, 297 ss.; ID., *Il sistema delle fonti del diritto alla luce dell'ordinamento comunitario*, *ivi*, 1997, 81 ss.



mantenendo la sua capacità interpretativa disponibile a valutare senza stereotipi ogni possibile soluzione adeguata a rispondere alle esigenze derivanti dall'attuale *ever-changing world*.

