

LA NULLITÀ DI PROTEZIONE TRA PRESCRIZIONE E TRANSIGIBILITÀ

Di Stefano Pagliantini

| 171

SOMMARIO: 1. *SC Raiffelsen Bank SA (C-698/18) e BRD Groupe Société Générale SA (C-699/18): sull'imprescrittibilità dell'azione restitutoria dell'indebito?* – 2. *Segue: l'exordium praescriptionis nell'ottica di un termine flottant.* – 3. *XZ c. Ibercaja Banco SA (C-452/18: validità degli accordi transattivi o di rinegoziazione b2c?* – 4. *La transazione b2c in Cassazione.* - 5. *Segue: transazione e contesto circostanziale.* – 6. *Epilogo in forma di un catalogo (di quesiti) in progress.*

ABSTRACT. *Il saggio riflette sul regime prescrizionale dell'azione di restituzione dell'indebito nel caso di nullità operante a protezione del consumatore e con riferimento alla transigibilità delle controversie relative ai contratti business to consumers.*

This essay carries out reflections regarding the prescription of the action for restitution of undue payments in the case of nullity operating to protect the consumer and with reference to the practicality of settlement solutions for disputes relating to business to consumers contracts.

1. SC Raiffelsen Bank SA (C-698/18) e BRD Groupe Société Générale SA (C-699/18): sull'imprescrittibilità dell'azione restitutoria dell'indebito?

Si fa strada un interrogativo pressante: la nullità di protezione come una categoria *unvollendete* ?

| 172

La metafora, ci sia consentito il rilievo, non dovrebbe stupire: se la clausola o il contratto, nonostante l'abusività, hanno ricevuto un'integrale esecuzione, vien da sé che il "di protezione" invade il terreno delle restituzioni, andando così ad intaccare quell'art. 1422 c.c. che, tra le eccezioni all'imprescrittibilità dell'azione di nullità, annovera ordinariamente la prescrizione "delle azioni di ripetizione", menzionate dalla legge al plurale perché inclusive anche dell'azione generale di arricchimento stante il disposto dell'art. 2042 c.c. Orbene, ecco il quesito, anche qui si annida un'eccezione che fa decampare questa nullità dal diritto comune, nel senso che la regola seconda della prescrizione restitutoria *cede* e va in archivio quando il credito restitutorio sia del *consumatore* ? Sotto assedio, quantunque da un versante diverso da quello imboccato dalle S.U. 28314/2019 in tema di nullità selettive¹, si mostra quindi un regime dell'indebito che, se è pacifico presidi il diritto di ripetere del consumatore², rimane viceversa nebuloso nel *quomodo*, essen-

do in effetti tutto da appurare, per la carenza allo stato di un termine prescrizione che passi per espressivo di un livello di *tutela minima*, se una siffatta garanzia il diritto europeo la svolga in termini di *rottura* o di *continuità* con il disciplinare codicistico³. Questo, già solo scorrendo la Relazione al c.c. (n. 650), vede l'art. 1422 gravitare intorno ad una *ratio legis* istituzionalizzante un consolidamento, dell'attribuzione patrimoniale occasionata dall'esecuzione di un contratto nullo, attraverso il decorso di un certo lasso di tempo dall'adempimento. Il che poi, *a valle*, implica un'inefficienza effettuale dell'eventuale azione di accertamento che intendesse promuoversi⁴. Cass. 5575/2003 *docet*⁵, a motivo di un potere di agire che *svanisce*, per carenza di interesse, e non a caso Cass. 2447/2014 imputa poi all'attore l'onere di provare un proprio interesse alla sentenza⁶, quando «le azioni restitutorie siano prescritte»⁷. Cass. S.U. 15895/2019 ci fa poi da bussola: ogni eccezione di prescrizione, è da supporre, si sostanzierà nell'allegazione di una prolungata inerzia del consumatore, che dovesse aver domandato la ripetizione di somme indebitamente pagate, unita ad un'espressa dichiarazione del professionista di voler profittare della vicenda estintiva⁸. Dopo di che, siccome un onere di allegazione non certifica che l'eccezione opposta sia fondata, all'allegazione è di conserva che deve associarsi, in conformità al di-

¹ Per le quali sia consentito il rinvio a PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettive (e del "di protezione")*, in *Contratti*, 2020, 18 ss.

² La contraria opinione, siccome implicherebbe che l'art. 6 della direttiva trovi applicazione soltanto ai *contratti non eseguiti*, non è ragionevolmente argomentabile: al netto della circostanza che una siffatta lettura si tradurrebbe in un'abrogazione implicita dell'art. 7, ne dovremmo allora paradossalmente dedurre che la direttiva 93/13 non include nel proprio perimetro i contratti asimmetrici ad *esecuzione istantanea*, riguardando ... soltanto i contratti di durata *parzialmente eseguiti*. Ora, ed il notar lo ha del lapalissiano, tutto può sostenersi tranne che l'art. 6 faccia da sponda all'idea che le clausole abusive *non vincolano* il consumatore fino a quando non sia intervenuta l'esecuzione, *contestuale* notoriamente quando il consenso sia traslativo. Quanto invece all'argomento che denegasse il diritto alla ripetizione a motivo di una *rinuncia* ad eccepire l'abusività *implicita* nel fatto stesso di una esecuzione, vien facile obiettare che l'adempimento del consumatore può imputarsi tanto ad un *deficit* di conoscenza quanto ad una sua spontanea inclinazione ad evitare un'azione legale. Chi sostiene che rinuncia ed esecuzione sono un binomio indissolubile muove evidentemente dalla (falsa) premessa che ogni consumatore adempiente conosca l'abusività della clausola e provveda in *executivis* a valdarla: quand'è pacifico che, al di fuori del diritto di interpellare, non esistono precedenti della Corte che si prestino ad una siffatta deduzione, dimidiante va da sé il contenuto minimo della tutela consumeristica. Come si legge nelle Conclusioni dell'AG Szpunar, "ciò che determina l'applicabilità [della direttiva 93/13] è la conclusione di un contratto [non negoziato] da parte del consumatore: ... l'integrale esecuzione del contratto non esclude l'applicazione di detta direttiva" (§ 64): una convalida *per facta concludentia*, aggiungiamo, mostrandosi claudicante *in re ipsa* se, com'è, diamo per assodato che, adempiendo ad una prestazione, il consumatore non presta "un consenso che *oltrepassa* la mera volontà di eseguire l'obbligazione

di cui trattasi" (così AG Szpunar, Conclusioni, cit. 62, c. vo aggiunto).

³ Sicché, inquadrato da questa angolazione, non si mostra del tutto esatto il rilievo di E. MINERVINI, *La prescrizione dei diritti di credito tra esigenza di certezza e bisogno di giustizia*, in *Danno e resp.*, 2017, 526, secondo cui, allo stato, «ogni legge speciale ha la sua norma in tema di prescrizione, sicché vi è una prescrizione per ogni (nuovo) istituto».

⁴ Non a caso SACCO – (DE NOVA), *Il contratto*, Milano, 2016⁴, 1479, scrive sagacemente di una «platonica dichiarazione di nullità». È vero, naturalmente, che l'art. 1422 c.c. non sancisce *testualmente* che le restituzioni conseguenti alla nullità del negozio sono regolate ai sensi degli artt. 2033 c.c., dando piuttosto per *sottintesa* che la disciplina dell'indebito sia la *regola*. Dopo di che, le due eccezioni dell'art. 1422, com'è largamente risaputo, non presentano il medesimo grado di vischiosità. Disporre che sono fatti "salvi gli effetti dell'usucapione" è, invero, già di primo acchito più comprensibile se consideriamo che l'usucapione, realizzando un acquisto della proprietà a titolo originario, viene costitutivamente a bypassare i vizi degli acquisti a titolo derivativo. Di qui il problema, che in questa sede non investighiamo neanche *de relato*, se la *solutio* rilevi, rispetto al contratto nullo, da fattispecie acquisitiva autonoma ovvero se sia, in presa diretta, il contratto nullo ad atteggiarsi da fatto acquisitivo. In argomento è d'obbligo, almeno, il rinvio a P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, I, 11 ss.

⁵ V. Cass. 9 aprile 2003, n. 5575, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Contratto in genere*, n. 517.

⁶ V. Cass. 4 febbraio 2014, n. 2447, in *Foro it.*, 2015, I, 296 ss..

⁷ Così SACCO, *Il contratto*, cit. 1491.

⁸ V. Cass. S.U., 13 giugno 2019, n. 15895, in questa rivista, 2019, 1828 ss., con nota di E. MINERVINI, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito*.



sposto dell'art. 2697, comma 2, c.c., la prova dei fatti costitutivi della stessa⁹.

Dunque un quadro in apparenza a tenuta stagna. Con un però.

Pur se ancora pendenti, nella cause riunite C-698/18 e C-699/18¹⁰, si intravede, infatti, un primo spaccato argomentativo che, pure a motivo delle Conclusioni presentate dall'AG Szpunar, prova per la prima volta ad intavolare una questione punteggiata, notiamo, da un alto tasso di vischiosità. Qualche argomento è palesemente specioso: se l'esecuzione non "cambia *retroattivamente* la circostanza che ... il consumatore [stipulante versi] in una ... situazione di inferiorità"¹¹, diventa in effetti un *non sense* concepire l'art. 6 dir. 93/13 come una norma che certificherebbe, in caso di estinzione del contratto, che le clausole abusive allora *vincolano*. Altri argomenti, segnatamente che il principio della certezza degli scambi non è un *accidente*, però non lo sono: e la circostanza che la questione torni in *Banco Santander, SA/VF e WD* (C-691/19), ove si tematizza che, nonostante l'abusività di una clausola sul pagamento delle spese, il consumatore *perda* il diritto a ripetere, restando così definitivamente vincolato ad una pattuizione abusiva quando sia infruttuosamente maturato il termine di prescrizione, certifica vieppiù quanto aspra sia la variabile di un'*irripetibilità* sebbene nel frattempo sia intervenuta una declaratoria di nullità per abuso.

Orbene, premesso dicevamo che è da qualificarsi come ripetizione di indebito, ai sensi dell'art. 2033 c.c., qualunque domanda avente ad oggetto la restituzione di somme pagate sulla base di un titolo nullo, il quesito quindi è: la tutela consumeristica, visto che l'obbligazione restitutoria è presidiata notoria-

mente da un'apposita azione, bypassa il termine prescrizione di quest'ultima, dilatando così l'estensione temporale della dir. 93/13 rispetto alla *restitutio in integrum*? Il che val quanto dire, traducendo il tutto nel linguaggio adogmatico della Corte di giustizia: quando vi sia stata un'esecuzione è legittimo un diritto comune nazionale che mantenga od introduca dei termini di prescrizione parcellizzanti temporalmente il credito restitutorio del consumatore? Ovvio è la premessa: l'autonomia processuale degli Stati membri da sempre si dipana entro il recinto del principio di equivalenza e di effettività. Ma, stante la lettera dell'art. 1422 c.c., il termine di prescrizione dell'azione di ripetizione è *generale* in quanto ancillare, come sappiamo, a qualsiasi ipotesi di nullità contrattuale. *Ergo* non vi sarebbe un motivo per decampare dall'idea che, per effetto della prescrizione, un acquisto, prodottosi in ragione di una *solutio* ma pure *indebito* e quindi suscettibile di rimozione attraverso la *condictio*, può divenire *intangibile*. L'*autonomia* delle due azioni è *ius receptum* in un ordinamento italiano che, da quasi un secolo, non concepisce più l'azione di nullità a guisa di una «ancella della domanda di ripetizione» in quanto da noi *c'è* una nullità oggetto della sentenza e non, alla francese maniera, una *action en nullité* quale mera «ragione del decidere»¹², esperita per ottenere la condanna della controparte alla restituzione della prestazione¹³. Cass. 7651/2005 *doctet*¹⁴, con un giudice che non reputa implicita la restituzione nella primaria domanda di nullità visto, ecco il punto!, che possono ben darsi «soluzioni differenziate»¹⁵.

Diamo quindi che può ben esserci un *interesse* del consumatore ad una *ripetizione parziale* quando la vessatorietà si annidi in un contratto che, a motivo dell'esecuzione, abbia esaurito i suoi effetti (es. anatocismo, c.m.s etc.)¹⁶. Orbene, di primo acchito ci verrebbe da osservare che un'imprescrittibilità, quale attributo connotante *tanto* l'azione di nullità *quanto* quella accessoria di ripetizione, se da un lato

⁹ V. Cass. 13 giugno 2019, n. 15895, cit.

¹⁰ Rispettivamente *SC Raiffelsen Bank SA c. JB e BRD Groupe Sociétés Générale SA c. KC*. La narrativa del fatto non è complessa ed ha anzi un che di paradigmatico se è vero che, in entrambe le ipotesi, l'interrogativo è se il ripetere del consumatore sia assoggettabile al termine di un triennio decorrente, secondo il diritto rumeno, dall'avvenuta esecuzione del contratto. Ora, se nella prima causa l'obbligazione restitutoria del mutuatario era stata integralmente eseguita e l'impugnativa era si successiva all'estinzione del contratto ma promossa un anno dopo, nella seconda invece la restituzione dell'indebito risultava dedotta in giudizio nel 2016, ben 11 anni dopo l'estinzione del contratto, avvenuta per effetto di un rimborso anticipato nel 2005. Quindi, se parliamo i due casi, a rigore l'eccezione di un'imprescrittibilità in favore del consumatore, che si trovi naturalmente ad agire in nullità, si materializza soltanto nella seconda fattispecie posto che la prima si iscrive pienamente nella cornice di un termine ancora pendente. E, va da sé, è un falso problema che l'estinzione del contratto importi il caducarsi della qualità di consumatore considerato che costui domanda di ripetere pur sempre in qualità di *solvens* di un indebito oggettivo. Il suo *status*, producendo la declaratoria giudiziale un accertamento retroattivo, non è perciò revocabile in dubbio: al netto della banale considerazione che, in quanto *solvens* di un indebito, la restituzione comunque gli spetterebbe nella veste di un contraente di diritto comune.

¹¹ Così Conclusioni AG Szpunar, § 57 (c.vo aggiunto).

¹² Così, espressivamente, SACCO, *Il contratto*, cit. 1480.

¹³ *Action* a sua volta soggetta a prescrittibilità in quanto azione di condanna.

¹⁴ V. Cass. 13 aprile 2005, n. 7651, in *Guida al dir.*, 2005, 55, in un caso nel quale l'esecuzione coincideva con il momento della stipula del contratto. Non a caso è principio pacifico, nella giurisprudenza della Corte, che la prescrizione decennale del diritto alla ripetizione di quanto pagato, in applicazione di una norma successivamente dichiarata incostituzionale, decorre, ai sensi dell'art. 2935 c.c., "dal giorno del pagamento stesso, non già dalla data della pronuncia d'incostituzionalità o della pubblicazione della medesima", per il riguardarsi, della norma viziata da una incostituzionalità non ancora dichiarata, "come una mera difficoltà di fatto, che non impedisce la possibilità di far valere la pretesa restitutoria": v. Cass. civ. 15 marzo 2001 n. 3796.

¹⁵ Come ancora SACCO, *Il contratto*, cit. 1480 ci ammonisce.

¹⁶ Come scrive l'AG Szpunar, l'aversi un "contratto eseguito non può attenuare il carattere abusivo di [una] clausola (§ 55).



può trovare sponda in un'effettività della tutela consumeristica declinata in chiave di effetto *più favorevole* (artt. 38 e 47 CDFUE e v. pure art. 125 c. cons.), dall'altro si espone alla controdeduzione che un limite agli effetti restitutori, conseguenti alla dichiaratoria di vessatorietà di un contratto o di una clausola che abbiano interinalmente ricevuto un'integrale esecuzione, ha senz'altro dalla sua la circostanza (dirimente) che non può sfilacciarsi il principio di certezza del diritto fino a compromettere la stabilità delle regole che sovrintendono alla circolazione giuridica¹⁷. Se la tutela del consumatore non è, d'altronde, un valore assoluto¹⁸, è pure pacifico che, laddove costui voglia agire in giudizio, non è che la previsione di oneri procedurali importi di per sé un deragliamento dal principio di effettività: *Asturcom Telecomunicaciones* (40/08) e *Gutierrez Naranjo* (C-154/15) *docent*¹⁹, al netto dell'argomento concorrente che un'imprescrittibilità pure del credito restitutorio verrebbe a coniare uno *squilibrio in danno del professionista*, con il rischio endemico di condotte abusive del consumatore. È piuttosto allora, ed il rilievo ha un che di autoevidente, un problema di *ragionevolezza*, come ci ammonisce la Corte²⁰, dei suddetti oneri. Sicché il quesito, perché non inganni, va riformulato: un termine di prescrizione decennale (art. 2946 c.c.), quale è quello comandato dall'ordinamento italiano per una ripetibilità dell'indebito oggettivo ai sensi dell'art. 2033 c.c. e decorrente non dalla data di pronuncia della sentenza di nullità bensì dalla data del pagamento effettuato *sine causa solvendi* originaria, questo essendo notoriamente il tempo al quale re-

troagisce l'accertamento della nullità²¹, vulnera – diremmo – il livello di protezione del consumatore? Siccome non viene facile ipotizzarlo, giacché ciò implicherebbe giustificare qualsiasi *inerzia* del consumatore, potremmo plausibilmente dedurne che la nullità di protezione *non* disapplica le eccezioni dell'art. 1422 c.c., l'interrogativo non retorico mostrandosi piuttosto, ancora nel segno delle S.U. 28314/2019, un altro: segnatamente se le suddette deroghe, laddove la legge non disponga diversamente (art. 2126 c.c.), siano da riguardare come *tas-sative*²². Cass. 16612/2008 si mostra, al riguardo, un laboratorio *in progress* del rapporto che può venire ad instaurarsi, nel sistema ordinamentale italiano, tra qualità di consumatore e prescrizione del diritto di restituzione dell'indebito oggettivo, il cui maturare è va da sé assistito pure da una sicura interruzione secondo la disciplina generale di cui all'art. 2943 c.c., quindi anche mediante atti diversi dalla domanda giudiziale²³.

Dopo di che, se da un lato ci sembra intuitiva l'irragionevolezza di un termine di prescrizione che

¹⁷ A mo' di controposizione non varrebbe obiettare che la Corte, da ultimo in *OPR Finance, s.r.o. c. GK* (causa C-679/18 del 5 marzo 2020), ha escluso la ragionevolezza di un termine di prescrizione e/o di decadenza triennale, decorrente dalla data di conclusione del contratto, se è vero che, come in *Cofidis* (C-473/00), la censura della CGUE è ivi riferita non ad una azione personale, *autonoma e succedanea*, quale è quella di ripetizione, bensì proprio a quella di nullità: per definizione, oltre che rilevabile officiosamente, imprescrittibile in quanto, per giurisprudenza costante della Corte, l'art. 6 della dir. 93/13 è norma di ordine pubblico.

¹⁸ V., tra le tante, CGUE, 31 maggio 2018, causa C-483/16, *Sziber*, § 50.

¹⁹ Rispettivamente CGUE, 9 ottobre 2009, § 41 e CGUE, 21 dicembre 2016, § 69.

²⁰ V. CGUE, 26 marzo 2020, cause riunite C-496/18 e C-497/18, §§ 67 e 103. In precedenza v. la celeberrima CGUE, 19 maggio 2011, causa C-452/09, *Iaia c. Min. Istruzione*, in *Foro it.*, 2011, IV, 281 ss. In dottrina, per un *focus* sulla ragionevolezza del termine, v. MINERVINI, *La prescrizione dei diritti di credito tra esigenza di certezza e bisogno di giustizia*, cit. 525 s. Nella questione pregiudiziale pendente va da sé che il problema diviene quello se una ragionevolezza assiste un termine triennale decorrente, in caso di una integrale esecuzione, dalla cessazione di efficacia del contratto. Sempre, naturalmente, si tratterà, lo notiamo *incidenter*, di una ragionevolezza tarata non su parametri esclusivamente nazionali onde evitare che una *brevità* del termine depauperi il contenuto sostanziale della tutela consumeristica.

²¹ V., tra le tante, Cass. 2 dicembre 2016, n. 24653, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2017, 34 (che distingue l'ipotesi della mancanza sopravvenuta al pagamento della *causa solvendi*: nel qual caso il *dies a quo* per la ripetizione inizia a decorrere dal giorno in cui l'accertamento dell'indebito è divenuto *definitivo*); Cass. 19 aprile 2016, n. 7749, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Indebito*, n. 9 (che, in una fattispecie di nullità del contratto per impossibilità giuridica originaria del suo oggetto, riconnette il *dies a quo* dall'avvenuto versamento del corrispettivo); Cass. 3 dicembre 2015, n. 24628, in *Rep. Foro it.*, 2015, voce *Indebito*, n. 2 (ricorsiva nell'evidenziare che quando il difetto di *causa solvendi* sia sopravvenuto, il termine di prescrizione decorre dal tempo dell'accertamento definitivo perché è quello il momento nel quale "diviene attuale l'interesse del soggetto alla restituzione della somma indebitamente percepita e certo il suo diritto"). Proseguendo v. Cass. 14 maggio 2014, n. 10250, Cass. 15 luglio 2011, n. 15669 (in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Indebito*, n. 12) e Cass. 15 aprile 2010, n. 9052 (in *Fam. dir.*, 2010, 999 ss.), tutte e tre nel segno di un indirizzo consolidato ben messo in forma già da Cass. 19 giugno 2008 n. 16612, ove la precisazione, altresì, che la prescrizione del diritto di restituzione dell'indebito oggettivo è sì decorrente dal giorno del pagamento ma può dal titolare essere interrotta secondo la disciplina generale di cui all'art. 2943 c.c. anche mediante atti diversi dalla domanda giudiziale. Naturalmente resta inteso, e *non* è che la qualità di *consumatore* abbia un qualche effetto eccettuativo, che, nella domanda di ripetizione di indebito oggettivo, l'onere della prova grava sul creditore istante, il quale è tenuto a provare i fatti costitutivi della sua pretesa: perciò, sia l'avvenuto pagamento sia la mancanza di una causa che lo giustifichi (ovvero il venir meno di questa), per altro ragionandosi di una prova che può essere fornita dimostrando l'esistenza di un fatto negativo contrario, o anche mediante presunzioni. V., in tal senso, Cass. 13 novembre 2003 n. 17146, in *Contratti*, 2004, 678, con nota di MENICHINO, *Ripetizione di indebito oggettivo ed onere della prova*, seguita recentemente da Cass. 27 novembre 2018, n. 30713, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Contratto in genere*, n. 343.

²² V. PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del "di protezione")*, cit. 25 s.

²³ V. Cass. 19 giugno 2008, n. 16612, ove si dibatteva sulla domanda restitutoria proposta da un utente nei confronti del fornitore di gas metano in relazione a quanto versato in più per la maggiorazione del prezzo determinata, a motivo di un diritto del fornitore di traslazione di imposta, per oneri fiscali non dovuti.

iniziasse sempre a maturare dalla data di stipula del contratto, è dall'altro *in re ipsa* che una revisione del *dies a quo*, postergante nel tempo il decorrere della prescrizione ex art. 2033 c.c., gioverebbe al consumatore²⁴: si pensi ad un *exordium praescriptionis* che, come per la minoritaria Cass. 12038/2000²⁵, dovesse decorrere dal passaggio in giudicato della sentenza di accertamento della vessatorietà. Ma un qualche spunto utile a suffragare una siffatta lettura non lo si può certo estrarre dal precedente di *Gutierrez Naranjo*. In quel caso, infatti, è vero che la Grande Sezione ha sentenziato di un accertamento giudiziale dell'abusività che deve produrre, a vantaggio del consumatore, l'effetto di ripristinare la situazione, *di diritto e di fatto*, precedente alla stipula: ed un'irripetibilità, perché il credito restitutorio si è prescritto, conduce dritto al risultato di una clausola nulla ... che allora *vincola*. Epperò, è bene evidenziarlo, in *Gutierrez Naranjo* si discuteva dell'ammissibilità, ai sensi dell'art. 6, § 1, di una nullità/inefficacia della clausola vessatoria soltanto *de futuro*, con un'irripetibilità per riflesso delle prestazioni già eseguite, sul presupposto che ragioni di ordine pubblico economico giustificassero un limitare nel tempo gli effetti delle sentenze nazionali accertanti l'abusività delle c.d. clausole *suelo*²⁶. Il che, com'è risaputo, la Corte ha recisamente escluso, senza tuttavia pronunziarsi neanche *de relato* sulla legittimità di una limitazione temporale degli effetti restitutori connessa invece al darsi, in conformità del resto ad una regola governante *qualsiasi* causa di nullità, di un termine (ragionevole) di prescrizione dell'azione di ripetizione. Come dire, proviamo a sunteggiare così, che lungi dall'apparire irragionevole, non si dà un qualche presupposto normativo che giustifichi, entro la cornice di una tutela minima, un *diritto incondizionato* del consumatore ad eliminare *tutti* gli effetti delle obbligazioni eseguite in forza di una *lex contractus* in tutto od in parte nulla²⁷. In luogo di una *nullità privilegiata*, qui, allora, c'è un diritto comune che tiene, con il risultato che, quando dovesse farsi questione di prescrizione dell'azione di ripetizione di

un indebito bancario *b2c*, varrà, secondo il precedente delle S.U. 24418/2010, la rilevanza della distinzione tra natura solutoria e ripristinatoria delle rimesse²⁸, donde un'esclusione dalla ripetizione dei crediti relativi ai soli versamenti solutori operati oltre 10 anni prima della notifica della citazione o comunque della prima richiesta formale?

È probabile, osserviamo, ma con più di un *caveat*: se stiamo infatti all'articolatissimo rinvio pregiudiziale di *CY c. Caixabank S.A.*(C-224/19) così in realtà non parrebbe, se è vero che l'effetto dissuasivo degli artt. 6 e 7 dir. 93/13 è ivi reputato *incompatibile* con l'accoglimento dell'eccezione relativa al prescrivere dell'azione di ripetizione dell'indebito. Qui invero rialeggia, ed *apertis verbis* diremmo, l'assunto di un *favor consumatoris* impermeabile al paralizzarsi degli effetti restitutori nonostante una declaratoria di nullità: che, va da sé, obliquamente finirebbe per rilevare *ex nunc*, con un effetto deterrente nei riguardi del professionista improntato ad uno *statuto debole*²⁹.

2. Segue: *l'exordium praescriptionis nell'ottica di un termine flottant.*

Domanda, *sic stantibus rebus*: chiarito che il quadro normativo vigente è distonico, un'esigenza di effettività della tutela può far abbozzare l'idea di una prescrizione dell'indebito quale rimedio di esclusiva pertinenza del debitore di buona fede³⁰, con il risultato però che difficilmente tale qualifica spetterebbe al professionista predisponente in quan-

²⁴ Così come è incontestabile che si tradurrebbe in una violazione del principio di equivalenza se dovesse appurarsi che il *dies a quo* restitutorio di diritto comune ha una decorrenza, *più vantaggiosa* di quello che sovrintende ad una nullità per vessatorietà, in quanto connessa per es. alla data di passaggio in giudicato della sentenza che accerti la nullità del titolo giustificativo del pagamento. Il che, forse, è quanto traspare dal diritto rumeno.

²⁵ V. Cass. 12 settembre 2000, n. 12038, in *Riv. not.*, 2001, II, 922.

²⁶ Per una disamina di questo (e dei suoi corollari) sia consentito il rinvio a PAGLIANTINI, *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l'interpretazione autentica della Corte di Giustizia*, in *Contratti*, 2017, 11 ss.

²⁷ Oltretutto, come si legge nelle Conclusioni dell'AG Szpunar (§ 77), in *Gutierrez Naranjo* la Grande Sezione recita di un effetto restitutorio da riconoscersi al consumatore "in linea di principio" (§§ 61 e 62, c.vo aggiunto).

²⁸ Perciò con *due* diversi *dies a quo* per la decorrenza della prescrizione dell'azione di recupero dell'indebito: il primo per le operazioni solutorie (extrafido), il secondo per quelle non solutorie. In particolare le S.U. del 2010 hanno sentenziato che la prescrizione decennale decorre dalla data del *pagamento*, chiarendo però che, quando si tratti operazioni extrafido o senza fido, per tale è da intendere la data del versamento mentre, per le operazioni non solutorie, il termine corre dalla chiusura del conto. Nella sostanza, allorché la banca abbia sollevato e provato l'eccezione di prescrizione, allora il consumatore correntista, nella veste di attore in giudizio, dovrà limitare la ripetizione dell'indebito alle sole operazioni solutorie dell'ultimo decennio dall'atto di citazione (o da altra interruzione della prescrizione), dovendosi viceversa considerare *tutti* i versamenti avvenuti *prima* di detti dieci anni *come* prescritti. *L'esistenza del pagamento ultradecennale vale quindi come limite all'azione di nullità (cfr. art. 1422 c.c.), in quanto impedisce che nella determinazione del dare-avere si tenga conto del credito restitutorio del correntista - consumatore.*

²⁹ Il punto, per ricorrere ad un'espressiva immagine di ROPPO, *Diritto Privato*, Torino, 2010, 493, è se l'art. 1422 c.c. codifichi, *pure per il consumatore*, una regola impostata sul principio che il «tempo non lavora contro chi è interessato alla nullità, salvo che lavori a favore di qualche controinteressato». Ora, quando il controinteressato sia un professionista, è privo di un qualsiasi costrutto pensare che l'avvenuta esecuzione neutralizzi l'originaria dissimmetria tra le parti.

³⁰ V. MINERVINI, *La prescrizione dei diritti di credito tra esigenza di certezza e bisogno di giustizia*, cit. 529.

to artefice della clausola abusiva. Notiamo che un siffatto argomentare, se da un lato può valorizzare l'anima canonistica della prescrizione³¹, dall'altro finisce nella sostanza per perimetrarla nella cornice di un *giusto rimedio*³². Ora, siccome che un rimedio debba essere effettivo è ormai un truismo, ci viene istintivo osservare che la prescrizione, a livello di diritto comune, rimane un dispositivo ritualizzato per il debitore che sia di buona così come di mala fede³³: e supporre che la normativa consumeristica, in quanto *lex specialis*, sia corredata di una sua prescrizione, non regge in mancanza di una disciplina *ad hoc*³⁴. Neanche se il fine è quello di addivenire ad una *sentenza giusta*³⁵.

Resta, va da sé, il problema dell'*exordium praescriptionis*, quale individuazione del momento in cui il consumatore – creditore abbia conoscenza della sua pretesa: e se è esatto che il momento soggettivo «finisce inevitabilmente per ridimensionare il principio della certezza del diritto»³⁶, non è meno vero che *remedialmente* la prescrittibilità di un diritto è pur sempre una questione che si apprezza calandola nella dimensione di un *bilanciamento* degli interessi coinvolti. Ora, ed è qui che il problema si incaglia, questo bilanciamento è provvisto di una *normatività cogente* (art. 2936 c.c.) che non può ri-

guardarsi come un attributo manipolabile *ope iudicis* solo perché processualmente si sta facendo questione di un contraente debole da tutelare: la via di fuga non è quello di un intervento correttivo del giudice³⁷. Semmai il quesito che andrebbe rischiato meglio involge il se la prescrizione, opposta dal professionista, non sia piuttosto uno strumento di tutela opponibile al consumatore *non astrattamente* bensì quando costui abbia davvero maturato contezza sul darsi dei presupposti materiali della propria pretesa restitutoria³⁸. Il che chiama prepotentemente in causa quell'art. 2935 c.c. che, se lo leggiamo in termini di effettività, postulerebbe un *exordium praescriptionis* non «*da quando il diritto è da considerarsi insorto ma da quando si ritiene che l'avente diritto sia in grado di farlo valere*»³⁹. Tradotto il termine decennale, nel caso in cui il contratto sia andato estinto, vedrebbe il suo inizio dipendere *non* dal tempo del creditorio restitutorio insorto, cioè dall'ultimo pagamento, quanto e piuttosto dalla conoscenza, maturata dal consumatore, del contesto circostanziale fondante la sua pretesa restitutoria in quanto, sottinteso, questa ha ricevuto una *esteriorizzazione*⁴⁰. Ragion per cui, ed alla maniera di un danno lungolante ed in caso di indegnità a succedere⁴¹ ovvero della violazione della normativa anti-trust ad opera delle imprese oppure di responsabilità professionale⁴², se la declaratoria di nullità sopraggiungesse decorsi dieci anni dalla cessazione del contratto, sarebbe dal *tempo* della sentenza, nazionale od europea, di accertamento, se in precedenza un consumatore abbia ignorato l'abusività di una o

³¹ E quindi, stando almeno al brocardo ricorrente, *nulla valet praescriptio, nisi bona fides nitatur, non solum initio, sed toto decursu temporis ad praescriptionem requisiti*.

³² Alla quale ammicca apertamente LEPORE, *Prescrizione e ragionevolezza. I danni lungolanti, in Autonomia negoziale e situazioni giuridiche soggettive*, a cura di G. Perlingieri e Lazzarelli, Napoli, 2018, 605 ss. V., diffusamente, per una ricapitolazione critica d'insieme, GUARNERI, *L'exordium praescriptionis*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1129 ss.

³³ Così, lucidamente, MINERVINI, *op. loc. ult. cit.*

³⁴ V., con un'osservazione di insieme, TRAVAGLINO, *La prescrizione nella sua elaborazione teorica: aspetti morfologici e funzionali*, in AA.VV., *La prescrizione e la decadenza. Struttura e funzioni. Rassegna completa di giurisprudenza*, Milano, 2008, 12.

³⁵ Come osserva TRAVAGLINO, *op. ult. cit.* 15 s. il processo istituzionalizza una «dimensione di "verità" a volte incompatibile con la "verità" del diritto sostanziale». È paradigmatico, al riguardo, il rinvio pregiudiziale del Tribunal Supremo nella causa, pendente, C-869/19, *L. c. Banco de Caja España de Inversiones*, ennesima appendice delle clausole *suelo*. Gli è, infatti, che quando la CGUE ha pronunciato la sentenza *Gutierrez Naranjo* erano pendenti, in Spagna, decine di migliaia di cause nelle quali i consumatori, vista la giurisprudenza del Tribunal Supremo che recitava di una nullità *de futuro*, avevano domandato una restituzione dell'indebito limitata alle somme corrisposte dopo il 9 maggio 2013. Con una CGUE che ha invece disposto una restituzione integrale, si sta ponendo il problema del contrasto tra l'art. 6 della dir. 93/13 e le regole processuali del principio dispositivo e del divieto di *reformatio in peius*. Nell'ottica di un "giusto rimedio", ci troveremmo qui al cospetto di una "sentenza ingiusta" se, a motivo del fatto che il consumatore non aveva in precedenza impugnato il capo della decisione statuente il rimborso parziale, non dovesse ordinarsi quel rimborso integrale spettante nel merito al consumatore. Tradotto qui il conflitto è tra un'irripetibilità processuale ed il divieto processuale di peggiorare la posizione del professionista ricorrente.

³⁶ Così MINERVINI, *La prescrizione dei diritti di credito tra esigenza di certezza e bisogno di giustizia*, cit. 528.

³⁷ Alla quale invece pensa, nella cornice di un giusto rimedio, P. PERLINGIERI, *Conclusioni*, in *Autonomia negoziale e situazioni giuridiche soggettive*, cit. 676.

³⁸ È istruttivamente sintomatica, al riguardo, la pagina di quella dottrina che discorre di una prescrizione codicistica ormai destinata ad apparire come distonica rispetto ad un art. 24 Cost. che non le verrebbe ad associare «altro limite che la stessa esistenza del diritto e il rispetto di regole procedurali per farlo valere»: così DI MAJO, *Un istituto mal tollerato: la prescrizione*, in *Corr. giur.*, 2011, 491. V. pure GUARNERI, *L'exordium praescriptionis*, cit. 1143.

³⁹ Cfr. DI MAJO, *op. ult. cit.* 493.

⁴⁰ Sicché laddove «ciò manchi», come scrive DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*, «non v'è ancora una realtà di fatto che debba adeguarsi ad una diversa di diritto». V. anche GUARNERI, *L'exordium praescriptionis*, cit. 1146.

⁴¹ V., rispettivamente, Cass. S.U., 11 gennaio 2008, n. 580, sulla quale v., in luogo di tanti, LONGOBUCCO, *Ragionevolezza del termine di prescrizione e danni lungo latenti alla persona*, in G. Perlingieri – Carapezza Figlia (a cura di), *L'interpretazione secondo Costituzione" nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, II, Napoli, 2012, 523 ss., e Cass. 29 marzo 2006, n. 7266, in *Giust. civ.*, 2007, 939 ss.

⁴² Sulla rilevanza dello stato di conoscenza, che la vittima di un illecito anticoncorrenziale, abbia dell'ingiustizia del danno v. Cass., 2 febbraio 2007, n. 2305, in *Foro it.*, 2007, I, 1097 ss. nonché Cass. 26 maggio 2011, n. 1161023: mentre, in tema di responsabilità del notaio, v. Cass. 15 luglio 2009, n. 16463, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 38 seguita, più di recente, da Cass. 7 aprile 2016, n. 6747.



più delle clausole sospettate di avere una natura vessatoria, che verrebbe a fissarsi l'inizio del periodo prescizionale⁴³. Nell'ottica di un effetto preclusivo piuttosto che estintivo⁴⁴, sarebbe questo invero lo *spatium temporis*, improntato ad una ragionevolezza nutrita di effettività, ritualizzante l'irrelevanza della pretesa consumeristica quantunque questa, il che sfugge all'AG⁴⁵, dovesse rivelarsi nel merito fondata. Il *dictum* delle S.U. gemelle 26242 e 26243/2014, laddove etichettano la prescrizione come quella (assorbente) *ragione più liquida*, legittimante di per sé sola un rigetto che tronca così sul nascere una controversia instaurata tardivamente⁴⁶, ci sembra che sigilli persuasivamente un discorso ove è *da quando* il consumatore prende coscienza del nesso esistente, tra indebito e causa remota del pagamento, che in realtà costui, in quanto *consapevole*, chiede di potersi avvalere del suo diritto. *LH c. PROFI CREDIT Slovakia S.R.O* (C-485/19) è su questo crinale che prova a insediare il proprio discorso, valorizzando un principio di effettività sfilacciato altrimenti se il periodo di prescrizione corre *oggettivamente*, cioè pure in una situazione nella quale il consumatore, che abbia integralmente restituito il prestito, non era *allora* in grado di vagliare e/o di percepire l'abusività della clausola⁴⁷. *Contra non valentem agere*, diremmo, *non currit praescrip-*

*tio*⁴⁸, con la ragione di tutela dell'interesse maggiormente meritevole del rapporto che, presidiato dall'art. 47 CDFUE, viene così a riscrivere il principio di certezza del diritto, parando evidentemente pure l'imputazione al consumatori di severi oneri probatori quanto alla *scientia* del professionista. È quel che, in sede di diritto europeo⁴⁹, prende il nome di effetto debole della prescrizione, il cui decorrere infruttuoso solo ellitticamente può etichettarsi come una forma di *sanatoria*. L'indebolimento del diritto del consumatore disinformato non regge infatti, *FA c. BNP Paribas Personal Finance SA* (C-782/19) *docet*⁵⁰, alla prova di resistenza di un art. 47 CDFUE se correttamente interpretato. Ci si può dividere, naturalmente, sul se sia preferibile, alla tedesca (§ 199 BGB) un'ignoranza scusabile del creditore come impedimento all'inizio di decorrenza della prescrizione o non piuttosto, alla maniera del DCFR (art. 7: 301 Libro III) quale causa di sospensione della prescrizione: non è però che la preferenza per l'una o l'altra tecnica, se si eccettua il profilo dell'onere probatorio⁵¹, cambi le carte in tavola. È di estremo interesse che, nell'esperienza d'Oltralpe, la discussione sulla *courte prescription* dell'art. L. 218-2 *Code consomm.* veda la dottrina chiosare che, quando viene in gioco la protezione di una «*partie faible*», la brevità della prescrizione è da intendere a guida di un «*correcteur du déséquilibre existant entre les parties*»⁵². Significativamente, nel silenzio della legge, quando la Cassazione francese ravvisa il *point de départ* con il giorno nel quale il titolare del diritto ha conosciuto o avrebbe dovuto conoscere i fatti «*lui permettant d'exercer l'action concernée*»⁵³, mira in realtà a coniare un risultato che pon-

⁴³ Con il risultato, lo diciamo qui per completezza, che ha dell'assiomatico scrivere, come fa invece l'AG, che un termine di prescrizione triennale, decorrente dalla cessazione del contratto, assicura al consumatore ignaro un "tempo sufficiente per informarsi sulla legittimità di tali clausole e valutare l'opportunità di intentare un'azione legale" (§ 73). Conoscenza (del consumatore) ed *exordium praescriptionis* rappresentano infatti un binomio inscindibile «perché il diritto debba piegarsi al fatto»: così DI MAJO, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁴ Così magistralmente VITUCCI, *Istituzioni di diritto privato*, (a cura di M. Bessone), Torino, 2010, 1171 ss.

⁴⁵ V. Conclusioni, cit. § 83.

⁴⁶ V. *supra* nt. 42-45.

⁴⁷ Nella specie si discute, da manuale diremmo, dell'euroconformità dell'art. 107 del codice slovacco, con un termine di prescrizione triennale decorso in danno del credito restitutorio di un consumatore ignaro dell'abusività del titolo in virtù del quale ha effettuato il pagamento. Dalla narrativa del fatto apprendiamo che si versava in una fattispecie di TAEG invertitiero implicante, nel nostro ordinamento, un ricorso a quell'art. 125-bis, comma 7, lett. a) T.U.B., in conseguenza del quale *nessuna somma* è dovuta dal consumatore "a titolo di tassi di interesse, commissioni o altre spese". Ergo, se ivi dovessimo dare per buono che il credito restitutorio si è prescritto, ci troveremo ad inciampare in un caso di arricchimento ingiustificato del professionista. Nel caso slovacco tutto poi è complicato dalla circostanza che i termini prescizionali sono in realtà due: decennale nell'ipotesi di un arricchimento doloso del professionista, triennale quando il suddetto arricchimento derivi invece da negligenza, con onere della prova a carico va da sé del consumatore tenuto a dimostrare, nella prima variabile, l'intenzione del professionista di conseguire un lucro a suo danno. Come si legge al § 12 del rinvio pregiudiziale "è quasi impossibile che l'attore dimostri quantomeno il dolo eventuale della convenuta relativo al fatto che quest'ultima sapesse di violare le regole in materia di credito ai consumatori e che, in questo caso, fosse cosciente di arricchirsi a danno dell'attore".

⁴⁸ V. G. PANZA, *L'esordio della prescrizione del diritto alla indennizzabilità dei danni da invalidità permanente*, in ID., *Scritti vari di diritto civile*, Bari, 1993, 513 ss.

⁴⁹ Per più di uno spunto v., al riguardo, LONGOBUCCO, *La prescrizione come "rimedio civile": profili di ragionevolezza dell'istituto*, in *Contratti*, 2012, 954.

⁵⁰ Che fa da *leading case* ad una sequenza di cause in serie (cause C- 776 – 781/2019), con un rinvio pregiudiziale sempre promosso dal *Tribunal de grande instance* di Parigi. È nella prima questione pregiudiziale che torna il problema se la direttiva 93/13, letta ai sensi dell'art. 47 CDFUE, osta "all'applicazione delle regole in materia di prescrizione nei seguenti casi: (a) ai fini della dichiarazione del carattere abusivo di una clausola, (b) ai fini degli eventuali rimborsi, (c) laddove il consumatore sia parte attrice e (d) laddove il consumatore sia parte convenuta, anche nel quadro di una domanda riconvenzionale". Ed il *leit motiv* si incista, va da sé, sul *dies a quo* del termine di prescrizione.

⁵¹ Perché, se ragioniamo di un rinvio dell'*exordium praescriptionis*, allora l'onere della prova della conoscenza è di spettanza del debitore, mentre il quadro muta laddove si discorra di sospensione della prescrizione, incombendo evidentemente sul creditore la prova di non essere stato a conoscenza. V., non a caso, GUARNERI, *L'exordium praescriptionis*, cit. 1148.

⁵² Così SAUPAHANOR – BROUILLAUD ed altri, *Les contrats de consommation. Règles communes*, in *Traité de droit civil*, a cura di Ghestin, Paris, 2018², 1247.

⁵³ Cfr. SAUPAHANOR – BROUILLAUD ed altri, *op. ult. cit.* 1249.

deri *prot ction* (del consumatore) e *pr servation* (dell'interesse del professionista). L'ottica, quindi,   quella del *rimedio*, non di un asfittico interesse pubblico che sovrintende oggettivamente alla sicurezza degli scambi. Il dispositivo della prima *Chambre civile* della *Cour de cassation* del 13 marzo 2019, reso proprio in tema di clausole abusive⁵⁴,  , al riguardo, di un'evidenza lampante, segno di un orientamento interpretativo nel quale il dogma della certezza   s  una regola ma che vive in concorso «con altre regole, ispirate a criteri opposti di giustizia»⁵⁵.   la c.d. stagione di un termine prescrizione *flottant* o *glissant*.

Al civilista provveduto non sfuggir  che un bilanciamento siffatto un'autorevole dottrina gi  proposte di svolgerlo in merito al diverso recitativo degli art. 591, comma 3 c.c. e 624, comma 3 c.c., praticando cos  un'interpretazione costituzionalmente orientata diretta a neutralizzare *ex professo* un'illegittimit  altrimenti manifesta⁵⁶: con il *caveat* che il quadro ordinamentale non si slabbra se si valorizza l'idea, detto alla francese maniera, di un *delaibutoir*, cio  di un termine prescrizione concorrente, pi  lungo di quello che inizia a maturare dalla conoscenza effettiva o presunta del creditore, correttamente decorrente dal momento in cui il diritto alla restituzione, essendo sorto, sarebbe risultato «in astratto esercitabile»⁵⁷. Il che, per tornare alla narrativa di *SC Raiffelsen Bank SA c. JB e BRD Groupe Soci t  Générale SA*, implicherebbe un secondo termine prescrizione decorrente dall'ultimo pagamento, che interseca mitigandolo il primo. Questo infatti, associato com'  ad una conoscenza/conoscibilit  che rende soggettivamente variabile il termine iniziale della prescrizione ordinaria, non pu  operare disgiuntamente senza che ne vada compromessa «la stabilit  delle situazioni giuridiche»⁵⁸. Ci sembra, diremmo, un modo acconcio per rileggere un art. 2935 c.c. il cui recitativo, allo stato, prescrive, in forma indifferenziata, un principio che sporge troppo⁵⁹. Il dispositivo di Cass. 1848/2016⁶⁰, che individua nell'art. 1442, comma 2, c.c. il *dies a quo* della prescrizione dell'azione di annullamento

di un contratto di compravendita, proposta dagli eredi del contraente caduto incolpevolmente in errore, nella data di deposito della comparsa di risposta del Comune⁶¹, questa integrando il momento della scoperta da parte di costoro del vizio della volont , rappresenta un prezioso esempio di come una norma, reputata eccezionale, sia interpretabile estensivamente al fine di evitare l'immotivata differenziazione di un *dies a quo* che letteralmente dovrebbe invece essere retto dal disposto dell'art. 1442, comma 3 c.c.⁶². Un parallelismo ideale corre, ci sembra, tra questo *dictum* ed il deciso della CGUE quando discorre di consumatori informati della possibilit  di far valere il *nuovo* diritto loro riconosciuto⁶³. Lungi dal rinnegare i termini di prescrizione (o di decadenza), la CGUE, lo ribadiamo, muove piuttosto dal presupposto che esistano dei termini *europ isticamente orientati* perch  suscettibili di coniugare virtuosamente i valori, apparentemente antitetici, di un'effettivit  della tutela consumeristica e di una (non asfittica) certezza del diritto.

3. XZ c. Ibercaja Banco SA (C-452/18: validit  degli accordi transattivi o di rinegoziazione b2c?)

Ha recitato di recente, nel corpo della sua motivazione, Cass. 21550/2018⁶⁴: vista l'autonomia delle parti, niente osta a che, stipulato un contratto reputato nullo in tutto o in parte, quelle parti confezionino un nuovo contratto o ad un accordo modificativo, «perfettamente valido, che si sostituisce[e] al precedente», producendo cos  quegli effetti che il primo «non era in grado di produrre». Ci  suppone, prosegue la Corte, che i contraenti, consapevoli della causa di nullit , intendano scientemente rimuoverla per il medio di una nuova «dichiarazione di volont », immune da vizi, «o con un comportamento idoneo ad esternare «un siffatto «intento negoziale»».

Residua allora, in questo inventario di problemi, un'altra questione rimasta fin qui sottotraccia: sono validi degli accordi transattivi che comportino una

⁵⁴ La «*action visant   faire déclarer non  crite une clause abusive constitue une action en nullit  qui se prescrit dans un délai de cinq ans courant   compter du jour o  le consommateur a connu ou aurait d  conn tre les faits lui permettant de l'exercer*».

⁵⁵ Cos  GUARNERI, *L'exordium praescriptionis*, cit. 1148 s.

⁵⁶ Il rimando   alla limpidi ssima pagina di G. GABRIELLI, *Invalidit  delle disposizioni testamentarie e prescrizione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 1 ss.

⁵⁷ Cos  GABRIELLI, *op. ult. cit.* 9.

⁵⁸ Altrimenti esposte ad «un'esercitabilit  a tempo indefinito»: cos  GABRIELLI, *op. loc. ult. cit.*

⁵⁹ V., limpidamente, P. PERLINGIERI, *Conclusioni*, cit. 675.

⁶⁰ V. Cass. 16 settembre 2016, n. 1848, in *juscivile*, 2018, con nota di OWUSU, *Il dies a quo della prescrizione dell'azione di annullamento esperita dagli eredi del contraente caduto in errore*.

⁶¹ Nella quale veniva affermato che il terreno oggetto della causa non era mai stato incluso nel PEEP.

⁶² E quindi, con *exordium praescriptionis*, dalla data di stipula del contratto. Se poi dovessimo stare a quanto disposto da Trib. Roma, 23 novembre 2016, in *Corr. giur.* 2017, 377 ss., ne dovremmo dedurre la sola *ragionevolezza*, quando si faccia questione di un soggetto consumatore, di una «conoscibilit  del danno, che ai sensi degli artt. 2395 e 2497 c.c. rappresenta il *dies a quo* della prescrizione del diritto al risarcimento nascente da atto illecito, *identificata* «con il giorno della pubblicazione del provvedimento sanzionatorio adottato dall'Autorit  Garante». Il quadro, come pu  notarsi,   quindi alquanto frastagliato.

⁶³ CGUE, 29 ottobre 2015, causa C-8/14, *BBVA*, §§ 37 – 39.

⁶⁴ V. Cass. 3 settembre 2018, n. 21550.





rinuncia del consumatore a far valere l'abusività di una clausola? Questione largamente nota in dottrina⁶⁵, è approdata alla Corte nella causa *XZ c. Ibercaja Banco SA* (C-452/18)⁶⁶: ed il taglio adottato, se la non vincolatività dell'art. 6 presenti la foggia di una *norma materiale*, detto alla Rabel maniera, che si applica pure ad accordi di rinegoziazione o transattivi posteriori, aventi va da sé ad oggetto clausole la cui abusività sia manifesta, non è minimalista né di maniera, sperimentando anzi un primo abbozzo di discussione sull'*ampiezza* dell'*autonomia* di cui possono disporre professionista e consumatore. Tecnicamente, questo è il punto, stiamo così ragionando di dispositivi negoziali, idonei a recuperare la nullità di una clausola o del contratto a motivo della loro vessatorietà, senza formalmente passare per il medio di una convalida. Per quanto infatti sia tutt'altro che balzana l'idea di una transazione su di un titolo nullo riguardabile a guisa di una convalida convenzionale a titolo oneroso⁶⁷, non è che transazione e convalida siano etichettabili come due lati della stessa medaglia.

Sorvoliamo naturalmente sulla pacifica vessatorietà dell'accordo sì posteriore ma *intrasparente*, per un *deficit* informativo della banca quanto alla natura abusiva di una clausola rinegoziata ai sensi degli artt. 3, § 1 e 4 dir. 93/13: transazione ed abuso di potere del professionista sono infatti un binomio che può ben materializzarsi nella prassi corrente ed il c.d. *intervento positivo* del giudice è una costante che si replica, come si sa, da *Océano Grupo Edito-*

*rial*⁶⁸. In *Ibercaja Banco SA* poi, ove si faceva questione di una *suelo*⁶⁹, la narrativa del fatto ci evidenzia come l'elusione del professionista all'imperativo di trasparenza avesse riguardato tanto la somma, che il consumatore avrebbe dovuto corrispondere *senza* una clausola di interesse minimo garantito, quanto l'importo, del credito restitutorio che *quel* consumatore avrebbe dovuto ricevere a titolo di rimborso per gli interessi *medio tempore* indebitamente corrisposti. In un contesto siffatto, com'è agevole dedurre, la nullità dell'accordo novativo o transattivo è *in re ipsa* giacché, come il rinvio pregiudiziale puntualmente illustra, un consumatore che rinuncia a domandare (o ad eccepire) una nullità senza che sia stato reso edotto *di ciò a cui ha rinunciato*, laddove sottinteso si fosse applicato il tasso di interesse pattuito senza *suelo*, e nel contempo del credito restitutorio che *si è negato*, palesemente non ha espresso un consenso consapevole, rinunciando in realtà "al buio". Visto che la transazione è un contratto (art. 1965 c.c.) e che la direttiva 93/13 si applica pur sempre a qualsiasi contratto *b2c*⁷⁰, la disamina dell'AG Saugmandsgaard Øe è, al riguardo, fin troppo fitta: tra l'altro la decisione del Tribunal Supremo n. 205/2018, validante siffatti accordi in quanto qualificati come *transattivi* a motivo del decremento *offerto* della soglia minima, se da un lato poteva attestarne la trasparenza, dall'altro non escludeva che la preclusione all'impugnativa avesse riguardo alla clausola *suelo* originaria, nessun impedimento viceversa dandosi, com'è ovvio che sia, a contestare la *validità* della *nuova* clausola di tasso minimo riportata nell'accordo. Il *focus* pertanto è da catalizzare soltanto sulla ben diversa fattispecie di una transazione che, se non risulta sia stata oggetto di un negoziato individuale ai sensi dell'art. 3, § 1

⁶⁵ V., per una succosa panoramica, MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contr. impr.*, 2018, 1053 ss. e G. PERLINGIERI, *Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo*, in *Rass. dir. civ.*, 2020, I, 1110 ss.

⁶⁶ Nella specie l'abusività contestata era quella di una clausola *suelo*, con le parti che avevano disposto una novazione del contratto di mutuo, con annessa rinuncia del consumatore a contestarla in sede giurisdizionale. *En passant* osserviamo che, nella giurisprudenza della Corte, si incontra un "precedente mancato", se è vero che pure in *Globalcaja, S.A.*, causa C-617/18, si discuteva della rinegoziazione di una *suelo*, che passava da una soglia del 3,5% ad una dell'1,5%, quale *corrispettivo* di una rinuncia dei mutuatari a qualsiasi azione giudiziale nonché a domandare la restituzione degli interessi indebitamente corrisposti. Qui il rinvio pregiudiziale, per la prima volta, tematizzava apertamente il problema della compatibilità di una rinegoziazione transattiva con il disposto dell'art. 6 dir. 93/13 in seguito ad un'impugnativa dei consumatori che, lamentando un difetto di informazione, eccepivano segnatamente che non erano stati resi edotti dello *specifico importo che avevano rinunciato a domandare*. Il fatto è che, dopo l'ordinanza del 22 novembre 2018, con la quale la Corte rigettava l'istanza di procedura accelerata ai sensi dell'art.105, § 1 del proprio regolamento procedurale, il 16 gennaio 2019 la causa è stata cancellata dai ruoli perché, da quanto si apprende, i mutuatari avevano nel frattempo rinunciato all'azione. Epperò, come l'evoluzione della vicenda riferita nel testo evidenzia, non tutti i ricorrenti rinunziano *ex post* alla domanda introdotta.

⁶⁷ Così PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunciabilità delle nullità di protezione*, in *Persona e Mercato*, 2012, 29.

⁶⁸ CGUE, 17 giugno 2000, cause riunite C-240/98 a C-244/98. Naturalmente, visto quanto è bislacca, sorvoliamo sull'idea che, siccome la transazione non ha per oggetti la fornitura di beni o servizi, saremmo fuori dal perimetro di operatività della dir. 93/13.

⁶⁹ Che, giova evidenziarlo, l'istituto di credito aveva provveduto a modificare, praticando un abbassamento della soglia di tasso minimo, in data sì posteriore all'arresto del Tribunal Supremo del 2013 ma anteriore alla sentenza della CGUE *Gutiérrez Naranjo* (2016), con un'impugnativa del consumatore che nasceva, perciò, dall'aver ricevuto notizia della disapplicazione, originaria e non soltanto *de futuro*, della clausola *suelo* risultata intrasparente. Dalla narrativa del fatto si apprende che l'istituto di credito aveva avviato nel 2013 una politica interna di accordi novativi o transattivi con tutti i suoi clienti titolari di un mutuo ipotecario contenente una clausola di interesse minimo. *Ergo* la serialità di questi accordi transattivi lasciava in realtà trasparire in filigrana una *policy* scorretta del professionista in quanto, se da un lato la *suelo* veniva espunta dai *nuovi* contratti, si intuiva dall'altro che, rispetto ai contratti pendenti, la banca invece non praticava nessuna soppressione della clausola, imponendo così una rimodulazione elusiva del *dictum* (di abusività) del Tribunale Supremo. Se vogliamo, perciò, la legalità del caso, come vedremo, funge qui da attrezzo metodologico insostituibile.

⁷⁰ V. Considerando n. 10.

dir. 93/13⁷¹, si mostri ciò nondimeno *trasparente*, una siffatta qualità potendo invero passare per *non immuzzante* se dovesse invece sostenersi, stando ad una lettura alquanto rigorosa, che siccome la clausola abusiva, secondo una giurisprudenza costante, deve riguardarsi come *non apposta* fin dall'origine⁷², l'aversi un'inefficacia originaria ed assoluta *vitiatur et vitiatur*, travolgendo pure la transazione, derubricata ad un atto privo di effetti. *Simul stabunt simul cadent*, potremmo dire, se l'art. 6 è norma di *ordine pubblico* o se, ci verrebbe da notare più plausibilmente, ci allineiamo all'idea⁷³, controvertibile però, che l'art. 143 c.cons. istituisca una *superprotezione* del consumatore, comminando una nullità assoluta rilevabile officiosamente⁷⁴. Onde

⁷¹ Nel qual caso, il rilievo vien da sé, non ricorrerebbe il presupposto per lo svolgersi di un controllo contenutistico atteso che, risaputamente, non si dà una qualche applicazione della dir. 93/13 se non si registra una predisposizione unilaterale, totale o parziale, del contratto. V., tra le molte, CGUE, 16 gennaio 2014, *Constructora Principado*, causa C-226/12. Nella specie per altro, sempre spogliando dalla narrativa del fatto, emerge che, mentre l'istituto di credito aveva solitamente praticato una rinegoziazione unilaterale della *suelo* fissandola a 2,75%, nel mutuo occasionante la causa in decisione la soglia indicata risultava invece del 2,35%, con un vantaggio supplementare, perciò, che poteva lasciar precludere al fatto che l'*Ibercaja Banco SA* avesse davvero ivi instaurato un negoziato individuale con il consumatore ricorrente, permettendogli di concorrere nel definire il contenuto della clausola. *Incidenter* va pure considerato il tasso di incertezza spesso connotato ad una proposta transattiva, se è vero che il consumatore, nel caso la rifiuti, deve pure prefigurarsi lo scenario di un professionista che, ove l'impugnativa di nullità sia rigettata nel merito, provvederà ad opporre una revoca di quanto in precedenza offerto.

⁷² V. *Gutiérrez Naranjo*, cit. §§ 61 e 62.

⁷³ Ben espressa, in tutte le sue articolazioni, da A. BARBA, in *Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, coordinato da Barba e Barenghi, Milano, 2012³, 1037. Per un quadro di ragionata sintesi v. DE CRISTOFARO, *sub art. 143*, in DE CRISTOFARO – ZACCARIA (a cura di), *Commentario breve al diritto dei consumatori*, Padova, 2013², 1066 e POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 951.

⁷⁴ Ci sarebbe, è vero, il precedente di CGUE, 26 febbraio 2015, causa C-143/13, *Matei c. SC Volksbank România SA*, nel quale era stata stipulata, a margine della controversia sull'abusività di una clausola contenente una "commissione di rischio", comprensiva di uno *ius variandi* del tasso di interesse, una *intesa transattiva*: che il professionista non a caso eccitava al fine di documentare un effetto preclusivo alle pretese invalidanti dei consumatori. Orbene, è esatto che il giudice del rinvio ragionava di un accordo transattivo irricevibile in virtù del fatto che l'abusività delle clausole è materia di *ordine pubblico* rispetto alla quale una facoltà transattiva delle parti non è validamente esercitabile. In sintesi ivi perciò registriamo un rinvio pregiudiziale che mostra di avallare, nell'impostante del giudice rumeno remittente, quell'opinione dottrinale incline a ritenere che l'abusività si colori di un'illiceità ex art. 1972 c.c.. Tra le Corti italiane v. Trib. Torino, 28 maggio 2007, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2598, secondo cui, in applicazione del comma 1 dell'art. 1972 c.c., se è nulla perché vessatoria una penale manifestamente eccessiva, tale deve reputarsi pure la transazione avente ad oggetto la suddetta clausola. V. però, in dottrina, con maggior costrutto critico, MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, cit. 1033 e 1055 s. Tornando a *Matei*, notiamo che, nel procedere alla definizione delle questioni pregiudiziali, la Corte se la cava dicendo che, siccome la questione sull'abusività della clausola originaria rimaneva pendente, "una risposta della Corte alla questione sollevata continua ad essere non solo utile, ma

evitare equivoci marchiani, notiamo subito per altro che è diverso naturalmente il discorso per una *novazione*. Questa, già ai sensi dell'art. 1234, comma 1, c.c. è invero senza effetto se non esiste l'obbligazione originaria da novare⁷⁵: *ergo* non si dà, già sulla scorta del diritto comune, un potere dispositivo di tal fatta. *En passant* aggiungiamo che soltanto un (discutibile) apparentamento tra nullità di protezione ed annullabilità potrebbe indurre a rimeditare giacché, sempre ai sensi dell'art. 1234, comma 2, c.c. la novazione, come si sa, è invece *valida* quando l'obbligazione originaria rampolli da un titolo *annullabile* e sia appurato che il debitore ha assunto il nuovo debito avendo conoscenza del vizio inficiante il titolo originario. Ma allora, ed il rilievo vien da sé, si versa direttamente nell'ipotesi di una convalida tacita visto che l'art. 1234 è da reputarsi *species* del *genus* che si legge nell'art. 1444, comma 2, c.c.⁷⁶.

Quid iuris perciò visto che, con una giurisprudenza non meno costante, la CGUE ammette che il consumatore, se congruamente edotto, nell'ordine a) può non invocare la natura abusiva di una clausola contrattuale (*Pannon*, § 33), con dei sicuri effetti processuali, in quanto la direttiva 93/13 non si spinge fino al punto b) "di rendere obbligatorio il sistema di tutela contro l'uso di clausole abusive da parte dei professionisti" (*Dziubak*, § 54)⁷⁷ donde c) un'effettività della tutela consumeristica contemplata pure la variabile di un diritto del consumatore "di non far valere i propri diritti" (*Sales Sinués e Drame Ba*, § 25)⁷⁸ ? D'altronde il notissimo precedente di *Banif Plus Bank* (C-472/11)⁷⁹, laddove recita di una sicura rilevanza "della volontà espressa dal consumatore ... di opporsi alla disapplicazione" (§ 35)⁸⁰, corrobora l'istantanea di una Corte che, entro il recinto di una compiuta informazione pre-

anche dirimente ai fini della soluzione della controversia di cui al procedimento principale" (§ 41). *Ergo* la Corte, in realtà, non si pronuncia sulla sorte dell'accordo transattivo posteriore ma soltanto sull'oggetto originario in quanto *questione pregiudiziale*.

⁷⁵ V., per tutti, MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, Torino, 2012, 348 s. e, in giurisprudenza, incidentalmente, Cass. 11 novembre 2016, n. 23064. E così infatti, in applicazione dei principi generali, pure il Tribunale Supremo nella decisione 16 ottobre 2017, n. 558: se nulla è la clausola *suelo*, nullo è pure il contratto novativo avente ad oggetto la suddetta clausola. Quand'anche infatti difettesse una previsione specifica, parlare di una novazione allorché il titolo originario, che ne rappresentava la fonte, sia nullo, ha davvero il significato di una pura ridondanza.

⁷⁶ V. MOSCATI, *La disciplina generale delle obbligazioni*, cit. 353 s.

⁷⁷ Di conseguenza, come prosegue la Corte, "quando il consumatore preferisce non avvalersi di tale sistema di tutela, quest'ultimo non viene applicato".

⁷⁸ CGUE, 14 aprile 2016, cause riunite C-381/14 e C-385/14.

⁷⁹ CGUE, 21 febbraio 2013.

⁸⁰ V. ALESSI, "Nullità di protezione" e poteri del giudice tra Corte di giustizia e Sezioni Unite della Corte di cassazione, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1141 ss. nonché PERLINGIERI, *Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo*, cit. 1113.





ventiva al consumatore, ammette che si venga negozialmente a *disporre* di una siffatta nullità⁸¹. Non quindi un' *indisponibilità in purezza*, nella maniera che una certa giurisprudenza di merito talora teorizza⁸², bensì diremmo un preliminare scrutinio che

⁸¹ Erra vistosamente perciò Cass. 28 settembre 2016, n. 19061, in *Jus Civile* 2017, 5, con nota di MECCOLA, secondo la quale ove, in un contratto *b2c*, sia convenuta una clausola disponente una competenza convenzionale esclusiva, sulle controversie originanti dal suddetto contratto, in un luogo diverso da quello del *foro del consumatore*, quantunque la stessa sia da presumersi vessatoria ai sensi della lett. u) dell'art. 33, comma 2, c. cons., nel caso il professionista convenga in giudizio il consumatore davanti a *quel foro*, è di *quel* consumatore, che eccepisca l'esistenza della clausola convenzionale, l'onere di provare il carattere vessatorio della suddetta clausola, donde poi una nullità ex art. 36. In mancanza "la causa deve ritenersi correttamente radicata dal professionista presso il foro del consumatore convenuto". Il che ha dello stupefacente perché, in palese contrasto con una giurisprudenza costante della CGUE, l'onere del consumatore, adeguatamente informato, è soltanto quello di un diritto di interpello che, se dovesse vestire i panni del *dissenso espresso*, viene ad impedire la declaratoria di una nullità rilevata officiosamente. *Ergo* nessun onere probatorio grava sul consumatore riguardo alla non vessatorietà della clausola che convenzionalmente disapplichi il foro di residenza o di domicilio del consumatore. Costui, nella cornice inderogabile di un contraddittorio (art. 101, comma 2, c.p.c.), se intende opporsi a che la clausola sia espunta, è sufficiente che dichiari di *volersene avvalere*. In un contesto siffatto, per la CGUE è il silenzio del consumatore che equivale ad un suo *tacito assenso*, con un giudice nazionale che potrebbe allora procedere ad una declaratoria anche *in assenza* di una domanda del consumatore. V. pure *Joros*. CGUE, 30 maggio 2013, causa C-397/11.

⁸² Con il supporto, per la verità, di quella dottrina che riconduce pure le invalidità di protezione nel novero dei diritti c.d. inderogabili per espressa disposizione ai sensi dell'art. 1966, comma 2, c.c. : v., in tal senso, GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, 266. Esempiare, tra le poche decisioni edite, è Trib. Roma, sez. XI, 23 marzo 2005, n. 79490, in *Corr. merito*, 2005, 1141 ss., con nota di D'AURIA, *Vessatorietà della transazione ?*, sentenziante di una transazione inefficace ai sensi (dell'allora vigente) art. 1469-*quinquies* c.c. perché "preclude al consumatore l'esercizio dei propri diritti in via giudiziale". Nella specie, notiamo, l'accordo transattivo, stipulato in presenza del rapporto obbligatorio, tra una SIM e dei risparmiatori, era succedaneo alla scoperta della *mala gestio* e quindi non coevo alla sottoscrizione del contratto di gestione patrimoniale. Il Tribunale recita di una transazione carente di *causa* perché, a fronte della rinuncia dei risparmiatori a far valere giudizialmente le loro pretese, non si lasciava apprezzare come tale quella della SIM, con il risultato di avvalorare un sindacato giudiziale che, in seno ad un rapporto *b2c*, involgerebbe pure il requisito di congruità delle reciproche concessioni, qui giust'appunto reputato assente con riguardo a quella prestata *seu* promessa dalla SIM. Il che, se da un lato desta stupore, dall'altro dovrebbe pure indurre ad un supplemento di riflessione.

Dalla narrativa del fatto si evince, infatti, che l'infedeltà patrimoniale della SIM, resasi responsabile di una gestione fallimentare di un investimento finanziario, era macroscopica: con un accordo transattivo che vedeva la SIM *semplicemente* impegnarsi alla restituzione immediata del residuo sul conto, senza provvedere all'esborso di una qualche somma a titolo di risarcimento dei danni. Ora, una rinuncia abdicativa di tal fatta, denegante qualsiasi azione di responsabilità nei riguardi della SIM, pecca in effetti di uno *scambio*, se è vero che il diritto dei risparmiatori ad ottenere il residuo non poteva certo qualificarsi a guisa di una *res dubia*. Ciò che stona non è pertanto il fatto che la transazione qui fosse nulla *già* ai sensi dell'art. 1965 c.c. quanto e piuttosto la circostanza che il Tribunale ragioni di un accordo transattivo che, laddove lo si fosse reputato valido, sarebbe incorso in una nullità per vessatorietà, postulando così una lettura massimalista dell'art. 143 c.cons. che, lo

faccia registrare l'esistenza, come ribadito dall'AG Saugmandsgaard Øe, di un *consenso libero ed informato*⁸³.

Dopo di che, se tutto gravita intorno ad una consapevolezza, *giuridica ed economica*, del consumatore, non c'è in effetti una ragione plausibile che giustifichi il parcellizzare, com'è incontestabile allo stato, ad un *diritto di interpello endoprocedurale* il novero delle fattispecie idonee a documentare un potere del consumatore che, mimando la lettera dell'art. 1322 c.c., si esprima *scientemente* come un atto di *autonomia*. Una rinuncia contrattuale *in executivis*, pacifica essendo va da sé la nullità invece di qualsiasi rinuncia *coeva* all'atto della stipula in quanto intrasparente *iuris et de iure*⁸⁴, può imbastirsi se le fanno da corona tutta una serie di condizioni, da un tempo ragionevole di riflessione ad un'informazione circostanziata tanto sull'oggetto della rinuncia quanto sulla preclusione processuale conseguente a guisa, diremmo, di quanto già dispone l'art. 141-*quater* c. cons. In difetto di un negoziato individuale, attestante che la clausola è stata specificamente discussa *in contrahendo*, deve insomma supplirsi con un'informazione documentante la facoltatività del transigere e l'*essenziale* di un'efficacia preclusiva sottesa ad un siffatto accordo il cui oggetto, per pararsi di nuovo dalla preclusione di cui al combinato disposto degli artt. 143 e 66-*ter*, comma 2, c. cons., sono pur sempre dei *diritti acquistati*⁸⁵.

Naturalmente se, nell'ottica di una reciprocità delle concessioni, la rinuncia del consumatore all'impugnativa viene a fungere da corrispettivo si-

ripietiamo, ci appare carente di un qualche persuasivo fondamento. Più linearmente il Tribunale poteva così indugiare sul rilievo, consolidato in giurisprudenza, che vuole la reciprocità delle concessioni consistere in una "bilaterale e congrua riduzione delle opposte pretese, in modo da realizzare un regolamento di interessi sulla base di un *quid medium* tra le prospettazioni iniziali": così Cass. 15 maggio 2001, n. 6662, in *Foro pad.*, 2002, I, 319, con nota di MANIACI.

⁸³ L'insistenza invece sul rilievo di un «rapporto *novato* [che] subirebbe, *per derivazione*, la sorte segnata dalla eventuale *illiceità* del titolo originario, con la conseguenza che, nonostante la transazione, ... il contraente debole ... potrà sempre far valere la *illiceità* del titolo originario», si incontra nella pagina di GALLETTI, *Transazione e contratti asimmetrici*, in *Contratto e impresa*, 2014, 500 (c. vo nel testo).

⁸⁴ V., a titolo esemplificativo, MONTICELLI, *Transazione novativa ed ars notaria*, in *Jus Civile*, 2016, 2, 15 s.s. e POLIDORI, *sub* art. 143, in *Codice del consumo*, annotato con la dottrina e la giurisprudenza, a cura di CAPOBIANCO – MEZZASOMA – G. PERLINGIERI, Napoli, 2018², 853 s. Come scrive l'AG Saugmandsgaard Øe è un tipo di rinuncia che, per il momento nel quale viene compiuta, impedisce al consumatore di avere contezza del proprio agire giacché costui "non immagina o non attribuisce sufficiente importanza al fatto che la stessa potrebbe divenire problematica" (§ 44).

⁸⁵ L'avevamo segnalato in PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, 159 ss., 163 e 171. V. adesso PERLINGIERI, *Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo*, cit. 1114.

nallagmatico di una *suelo* di importo inferiore, è in effetti acconcio ritenere che le due prestazioni, illustrando l'oggetto principale del contratto, riproducano la causa di un tipo legale. Non è però che il disposto dell'art. 1965 c.c. metta fuori gioco la norma speciale dell'art. 34, comma 2, c. cons.: così come non può ammettersi una sottoscrizione separata del tasso riveduto con cui il consumatore riconosca, come accaduto in *Ibercaja*, di aver compreso il significato della nuova *suelo* rinegoziata. Non è infatti che l'obbligo di un'informazione completa sia surrogabile dal professionista con un formalismo procedimentale modellato sull'archetipo di un art. 1341, comma 1, c.c. Una siffatta sottoscrizione, vergata in calce ad un documento predisposto dalla banca, *ictu oculi* non è idonea a certificare la comprensione del consumatore sulla "portata della rinuncia che ha appena sottoscritto"⁸⁶: al netto dell'argomento che ad essa vadano poi riconosciuti, nella cornice di una valenza sostanziale, degli effetti extraprocessuali.

È vero naturalmente che l'art. 2, § 2 lett. e) della direttiva 2013/11/UE, nell'ammettere il ricorso a procedure ADR in merito ad un contratto di consumo, è norma che *testualmente* non si applica "alla negoziazione diretta tra consumatore e professionista" (art. 141, comma 8, lett. d) c. cons.)⁸⁷, con il risultato che potrebbe pure ragionarsi di una procedura che riconosce un effetto monopolizzante a quel tipo di *mediazione*, la sola dotata, ai sensi dell'art. 9, § 2, lett. c), di un effetto preclusivo (di riesame della lite) vincolante per il consumatore. Se non fosse che l'art. 2, § 2 lett. e), quantunque escluda dal suo ambito applicativo una transazione tra professionista e consumatore, *neanche* la vieta: il che potrebbe indurre a pensare che la dir.2013/11/UE, lungi dal fissare pure un *limite* all'autonomia privata, non tipizzi affatto le forme del *disporre* ammesse⁸⁸. Come d'altronde l'AG segnala, una transazio-

ne stragiudiziale ha pur sempre dalla sua il vantaggio, per il gioco delle reciproche concessioni, di "un beneficio immediato senza dover contestare in sede giurisdizionale la clausola medesima" (§ 47), con l'annessa utilità supplementare, aggiungiamo, di non accollarsi le spese legali ed il rischio latente di una decisione che potrebbe risultare pure sfavorevole al consumatore. Insomma, ci verrebbe da chiosare, se risulta espressione di una *contrattualità effettiva*, una transazione successiva non incappa nel divieto dell'art. 6, § 1, dir. 93/13, giusta pure il disposto complementare degli artt. 124 e 134, comma 1, c. cons.. Il contrario argomento che volesse dedursi dal recitativo dell'art. 33, comma 2, lett. t) c. cons., sulla vessatorietà presunta della clausola che sancisca a carico del consumatore "decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni ..." *et similia*, è esuberante: l'interpretazione utile, che intende l'antecedente europeo della lettera q) dell'allegato alla direttiva come riferito ad una *rinuncia preventiva* e non esteso ad una *rinuncia successiva circostanziata*, è ormai d'altronde entrata nell'uso⁸⁹. Il precedente, cancellato prima che la Corte si pronunciasse, di *Gravilescu c. SC Banca Transilvania SA* (C-627/15)⁹⁰, ove un accordo transattivo era stato siglato dopo che era stato avviato un procedimento contestante una clausola sul rischio di cambio, già apertamente tracciava una linea ritualizzante costruttivamente un intervento giudiziale sì *compensativo*, ma di esclusiva pertinenza del consumatore *incapace* di difendere i propri diritti. Se viceversa rinuncia scientemente all'azione intrapresa perché reputa più conveniente l'offerta transattiva nel frattempo ricevuta⁹¹, *quel* consumatore difetta totalmente della "inconsapevolezza o difficoltà di esercizio dei diritti ... che l'azione positiva del giudice nazionale dovrebbe «compensare»"⁹². Ergo neanche si intravede il rischio di quella pressione psicologica del professionista che, nella

⁸⁶ V. Conclusioni dell'AG Saugmandsgaard Oe, cit. § 82. Non diversa, ci parrebbe, l'idea di MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, cit. 1060.

⁸⁷ V. MANCALEONI, *La risoluzione extragiudiziale delle controversie dei consumatori dopo la direttiva 2013/11/UE*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, 1064 ss.

⁸⁸ Il contrario argomento che si volesse desumere dall'art. 47 della CDFUE sarebbe *debole* perché il diritto ad un ricorso effettivo, se da un lato presidia il diritto del consumatore a disporre di un'impugnativa che non sia impastoiata da modalità processuali ostative al suo svolgimento (CGUE, 1 ottobre 2015, *ERSTE Bank Hungary*, causa C-32/14, § 59), dall'altro non introduce una *giurisdizionalità* quale forma di *tutela esclusiva*. E poi, ci limitiamo ad osservarlo di passata, la rinuncia successiva di cui qui si dibatte non è un negozio *in bianco* quanto e piuttosto un dispositivo incentrato su di una o più clausole controverse. Si mostra semmai vero che una transazione *b2c* è ipotizzabile nel rispetto dell'art. 33, comma 2, lett. v-ter, c. cons. visto che è ivi reputata presuntivamente vessatoria la clausola che rendesse eccessivamente difficile per il consumatore "l'esperimento della procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie prevista dal titolo II-bis della parte V".

⁸⁹ V. BOTTONI, *La transazione lesiva*, Napoli, 2018, 160 ss.

⁹⁰ V. Conclusioni dell'AG Wahl del 14 settembre 2017 a proposito di una domanda pregiudiziale proposta dal Tribunale di primo grado di *Câmpulung*, Romania.

⁹¹ Il che, ci sembra, esemplifica un argomentare diverso da quello di chi, un po' troppo ottimisticamente ritiene che, siccome è il solo legittimato a proporre l'azione (ed a rinunziarvi), il consumatore «non è» più in una posizione di sudditanza rispetto al professionista predisponente, bensì ha "in mano" le sorti del regolamento contrattuale»: così MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, cit. 1053. Per inciso non è semmai da sottovalutare la componente dissuasiva implicita in queste domande di nullità, spesso proposte va da sé proprio allo scopo di indurre il professionista ad avviare delle trattative per una composizione extragiudiziale della lite. Un accordo transattivo ha infatti dalla sua il doppio vantaggio di neutralizzare il rischio di un insuccesso processuale, evitando nel contempo l'onere di quelle spese legali il cui ammontare potrebbe rivelarsi, nel contesto della singola vicenda, superiore all'utile economico tratto da una decisione che pure accolga la domanda di nullità.

⁹² Così Conclusioni dell'AG Wahl, cit. § 47.



precomprensione di una parte della dottrina, viene a costituire l'antecedente di un'indisponibilità dell'interesse protetto⁹³. Come si è lucidamente notato, in un'attività del dare esecuzione o di appropriarsi di taluni effetti è da reputarsi riversabile una «rinunzia ... all'azione»⁹⁴.

In un contesto siffatto, il periodare dottrinale di chi ragiona di una nullità *rigettabile*, quando l'interesse finale protetto venga a trovare una soddisfazione per equivalente⁹⁵, ci sembra esprimere, pur se con un diverso lessico, un assetto rimediabile parallelamente isoforme. Siamo infatti dalle parti di un accordo transattivo o di rinegoziazione che, seppur con una tempistica diversa⁹⁶, realizzano esattamente lo scopo presidiato *ex lege* da una nullità che, se operasse, verrebbe a sporgere a guisa di un rimedio sproporzionato. Trincerandosi dietro un'*illiceità derivata*, rampollante dalla violazione di norme imperative di ordine pubblico⁹⁷, ci si presta così a legittimare talune forme di un agire abusivo che sono proprie *non* del consumatore debole bensì di quel contraente, scaltro o malizioso, che non a caso proprio le S.U. 28314/2019 hanno adesso espunto dal novero dei soggetti meritevoli di una (piena) tutela⁹⁸. Dopo di che, diremmo alla Sacco maniera⁹⁹, un giudice che, nonostante una spontanea consapevolezza del consumatore, volesse cumulare, «per un momento, il compito tutelare e quello giurisdicente» sarebbe incontestabilmente un fuor d'opera. Quel cumulo infatti ha del sensato se il transigere avesse ad oggetto la clausola, vessatoria *iuris et de iure*,

dell'art. 36, comma 2, lett. A), la cui illiceità rimane evidentemente immutata¹⁰⁰.

4. La transazione *b2c* in Cassazione.

Dopo di che domina, va da sé, una *legalità del caso*¹⁰¹: l'accordo transattivo concluso dal cliente con la banca, a definizione di ogni contestazione relativa ai plurimi contratti derivati conclusi tra le parti, è plausibilmente *nullo*, per una mancata individuazione diremmo della *res dubia*, qualora sottinteso non risultino “esplicitate le censure che il cliente aveva mosso ai diversi contratti citati nelle premesse dell'accordo transattivo, non essendo possibile stabilire”, leggiamo, “se esse corrispondano o meno a quelle svolte nel giudizio”¹⁰². Nella specie la transazione, siglata in un contesto di *inconsapevolezza* del vizio, consisteva in un mutuo concesso dalla banca al fine di munirsi di un titolo di pagamento altrimenti poggiante su contratti derivati per più versi contestabili a motivo di una loro nullità. È un discorso, lo rimarchiamo, *tel quel* estensibile all'ipotesi dell'accordo presentato al consumatore come la sola possibilità, offerta dal professionista, di ottenere *in executivis* un trattamento meno sfavorevole quantunque la clausola in danno *già*, sulla scorta di una giurisprudenza costante, sia stata dichiarata abusiva¹⁰³. *Biuro podrózy Partner* (C-119/15)¹⁰⁴, non a caso, ha reputato illecita la condotta del professionista che utilizzi delle clausole *equivalenti* ad altre dichiarate abusive in procedimenti riguardanti altri professionisti.

Il quadro perciò, da lineare che era, comincia a slabbrarsi copiosamente.

Singolare è poi l'approccio della Cassazione sunteggiato in un trittico di decisioni inaugurato a partire da quella Cass. 8776/2012 sentenziante di una nullità della transazione su titolo *nullo ex art. 1972 c.c. che non consegue* alla nullità di singole clausole del contratto base, se di queste non sia appurata, ai sensi dell'art. 1419 c.c., un'*essenzialità*

⁹³ V. GENTILI, *Le invalidità*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, II, in *Tratt. contr. Rescigno e Gabrielli*, Torino, 2006, 1593, la cui opinione però muta vistosamente in *La “nullità di protezione”*, in *Eur. dir. priv.* 2011, 117 visto che qui si parla di un consumatore che può «convalidare il patto rendendolo definitivamente valido». E, se si ammette una convalida, non può certo escludersi il *minus* di un accordo transattivo.

⁹⁴ Così, magistralmente, V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 752. Puntualmente GIROLAMI, *Le nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite del 2014)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, 194 s. Il che, ci sembra, dovrebbe ovviare alle perplessità di chi vede, nella legittimazione relativa del consumatore, un attentato «all'esigenza di stabilità dell'accordo transattivo»: così BOTTONI, *La transazione lesiva*, cit. 189.

⁹⁵ V. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2009, 80 s. e MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, cit. 1053.

⁹⁶ Cfr. PERLINGIERI, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁷ V., al riguardo, GALLETTI, *Transazione e contratti asimmetrici*, cit. 500 – 502. In giurisprudenza v. Trib. Siena, 19 luglio 2012, in *Contratti*, 2012, 828.

⁹⁸ V., per una più diffusa illustrazione di questo assunto, v. PAGLIANTINI, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'integralità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente incapace?*, in *Foro it.*, 2020, I, 948 ss.

⁹⁹ In *Il contratto*, cit. 1490.

¹⁰⁰ Nota correttamente PERLINGIERI, *Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo*, cit. 1139 che qui verrebbe disatteso «definitivamente l'intento del legislatore di dare protezione al contraente debole e di favorire un mercato leale».

¹⁰¹ V., lucidamente, CAPOBIANCO, *L'irrinunciabilità dei diritti dei consumatori*, in CATERINI – DI NELLA – FLAMINI – MEZZASOMA – POLIDORI (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, Napoli, 2017, I, 283 ss.

¹⁰² Così Trib. Verona, 10 agosto 2017, n. 2027.

¹⁰³ V. *supra* nt. 65. Nell'esempio fatto, se non si offre al consumatore la restituzione di almeno una parte degli interessi già indebitamente corrisposti, v'è da dubitare alquanto diremmo che l'accordo transattivo mostri una mutualità dei sacrifici convenuti.

¹⁰⁴ CGUE, 21 dicembre 2016.

rispetto al contratto stesso¹⁰⁵. Ergo, se in un contratto di conto corrente bancario figurano delle clausole di c.m.s., di rinvio agli usi su piazza e di anatocismo la loro nullità *non* si propaga alla transazione intervenuta sul medesimo contratto se prima non viene scrutinato quanto, nell'economia di quest'ultimo, le clausole nulle fossero essenziali. I *dicta* successivi di Cass. 2413/2016 e Cass. 23064/2013¹⁰⁶, che ne fanno a loro volta una questione di illiceità della causa o di un motivo illecito comune alle parti donde l'escludersi, in difetto dell'uno o dell'altro motivo, della nullità di un accordo transattivo stipulato tra le parti quale *automatismo* della conclamata illiceità di clausole contemplanti la capitalizzazione trimestrale degli interessi, chiudono diremmo il cerchio. Se, osserva la Cassazione, ai sensi dell'art. 1972 c.c., deve distinguersi tra la transazione relativa ad un contratto illecito e quella concernente un contratto nullo, siccome *ex lege* nulla è la prima, anche se le parti abbiano trattato della nullità in questione (comma 1), ma non la seconda, annullabile questa essendo soltanto ad istanza della parte che abbia ignorato la causa di nullità (comma 2), se ne dovrebbe dedurre che il divieto di transigere, anche se la nullità abbia rappresentato la questione controversa, non assurge a *norma materiale*. Tradotto, l'illiceità di talune clausole di un contratto di conto corrente non comporta *automaticamente* la nullità della transazione, in quanto relativa ad un contratto illecito. Tale percorso argomentativo, si legge in motivazione, "non appare conforme alla disciplina dettata dall'art. 1972 c.c.", il caducarsi della transazione presupponendo l'*essenziale* di una vaglio giudiziale, "da compiersi in relazione all'intero contenuto del contratto sottostante, volta a stabilire se l'assetto d'interessi complessivamente programmato dalle parti si ponga in contrasto con norme imperative". Il che, notiamo, se formalmente tiene, produce però il risultato di una *non impugnabilità* di queste transazioni ogni qual volta, e sarà la regola, la nullità del contratto originario sia solo *parziale*¹⁰⁷. Dopo di che, se la transazione non cade, *automatica* è la preclusione al ripristino della situazione anteriore alla stipulazione del negozio transattivo, non dandosi più una conservazione del precedente assetto negoziale utile a che il consumatore possa continuare a «fruire dei rimedi predisposti dall'ordinamento con riguardo alla specifica negoziazione»¹⁰⁸. È un'interpretazione restrittiva, non

v'è chi non lo veda, che manda fuori asse il disposto dell'art. 36 c. cons. che si vede pretermesso da una norma egemonica, l'art. 1972, comma 2, c.c., di diritto comune nonostante, ci viene spontaneo notarlo, che delle transazioni siffatte, rideterminando l'importo dovuto dal correntista, non possano non involgere le clausole economiche illecite¹⁰⁹. In un contesto siffatto, messa da parte un'invalidità totale¹¹⁰, ben più reggerebbe allora ragionare di una *nullità parziale* della transazione, ai sensi dell'art. 1972, comma 1, c.c., opposta dal professionista che resista in giudizio¹¹¹, quale antidoto a che l'accordo transattivo diventi lo strumento per perfezionare surrettiziamente un risultato altrimenti vietato dalla legge. Non è infatti che una compensazione economica, come talora si lascia intendere¹¹², possa sortire l'effetto di rendere intangibile quanto sia vietato per un giudizio *materiale* «di disvalore da parte dell'ordinamento»¹¹³. Se delle clausole sono *illecite*, perché il loro contenuto è contrario a una norma imperativa (art. 1346 c.c.), è *in re ipsa* che siano da reputarsi nulle ex art. 1418, comma 2, c.c.: con il risultato che, *nella parte in cui le riguardi*, è nullo altresì il contratto di transazione invocato dalla banca resistente (art. 1972, 1° comma, c.c.)¹¹⁴. Ha del sorprendente che un'interpretazione restrittiva dell'art. 1972, comma 1, possa sortire l'effetto di validare delle transazioni, con le quali tra le altre clausole si stabilisca che il cliente rinunci ad ogni possibile eccezione relativa alla tenuta del conto corrente, quando è palese il contrasto di talune patteggiamenti "con norme imperative"¹¹⁵. Seppur reso al di fuori dell'area consumeristica è ben più pertinente così il dispositivo di Cass. 26168/2018¹¹⁶, lucido nel ribadire che una rinuncia all'accertamento dell'illiceità, in quanto esemplifica un atto abdicati-

¹⁰⁹ Il che è quanto mostra di sfuggire, allineandosi all'interpretazione resa dalla Cassazione, tanto a Trib. Bari, 17 maggio 2016, n. 2714 che a Trib. Salerno, 8 settembre 2010. *Idem* ad ABF, Collegio di Torino, 28 novembre 2017, n. 15624.

¹¹⁰ Caldeggiata invece da PROFIO, *Previsione di clausola penale tra tutela dell'autonomia contrattuale e protezione del contraente debole*, in *Giur. mer.*, 2008, 1872 ss.

¹¹¹ V. ABF, Collegio di Roma, 14 aprile 2014, n. 2346. Ma v. ABF, Collegio di Milano, 3 settembre 2019, n. 20363 ove, incidentalmente, si legge "che l'art. 1972 cod. civ. prevede la nullità della transazione nel solo caso in cui sia relativa ad un contratto illecito e nella specie parte ricorrente non indica le ragioni per le quali i contratti oggetto della transazione sarebbero da considerare non solo *invalidi*, ma addirittura *illeciti*" (c. vo aggiunto).

¹¹² V. P. GALLO, *Trattato del contratto, 1, La formazione*, Torino, 2010, 804.

¹¹³ Così BOTTONI, *La transazione lesiva*, cit. 191.

¹¹⁴ V. ABF, Collegio di Roma, 22 dicembre 2016, n. 11395, ove il vizio invocato del rapporto originario, un'usurarietà genetica, era all'evidenza un vizio implicante l'illiceità della transazione.

¹¹⁵ V. ABF, Collegio di Roma, 14 aprile 2016, n. 3477.

¹¹⁶ V. Cass. 18 ottobre 2018, n. 26168, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 491 ss., con nota di DE BERARDINIS, *Violazione di norme imperative e rinuncia all'azione di nullità: uno spazio residuo per l'autonomia privata*.

¹⁰⁵ Cass. 31 maggio 2012, n. 8776, in *Rep. Foro it.*, 2012, voce *Transazione*, n. 13, entrambe in *Rep. Foro it.*, 2016, voce cit. nn. 4 e 7.

¹⁰⁶ V., rispettivamente, Cass. 8 febbraio 2016, n. 2413 e Cass. 11 novembre 2016, n. 23064.

¹⁰⁷ V., nel senso del testo, RIVA, *La transazione invalida*, Padova, 2012, 102 ss.

¹⁰⁸ Così BOTTONI, *La transazione lesiva*, cit. 149.



vo ai diritti conseguenti ad una declaratoria di nullità, viola il disposto dell'art. 1972, comma 1, c.c. Salvo ovviamente che la transazione, appieno innovativa, sopprime i profili di illiceità del contratto presupposto¹¹⁷.

5. Segue: transazione e contesto circostante.

Non sempre però è così, una transazione, al netto del suo presentarsi come “novativa”¹¹⁸, ben potendo atteggiarsi a fattispecie che, rimuovendo il vizio, soddisfa per un'altra via l'interesse protetto¹¹⁹. Chi, sulla premessa che l'art. 1972 c.c. sia appannaggio della sola transazione novativa¹²⁰, derubrica quella “conservativa” ad una mera *integrazione* di comandi donde, in quanto complementare alla clausola vessatoria predisposta, «essa», se ne ricava, si troverà a *sta[re]* e *cade[re]* in ragione della validità di quest'ultim[a e per la medesima ragione]»¹²¹, formula una lettura sì lineare ma eccedente in formalismo. Non è infatti di esclusiva pertinenza di una *transazione rinnovazione*, se si dà un'effettiva mutualità dei sacrifici, il veicolare la soddisfazione dell'interesse inderogabile protetto *ex iure*. Si pensi ad un accordo transattivo che si iscriva nell'orbita dell'art. 67 *septies decies*, comma 4, c. cons., luogo questo nel quale la legge commina una nullità del contratto e non di una sua clausola, oppure dell'art. 72-*bis*, comma 3, c. cons., quanto all'obbligo per il professionista di prestare una fideiussione bancaria o assicurativa nei contratti di multiproprietà. Più in generale è da supporre, quando la nullità sia associata all'inosservanza di una forma dell'informazione o del contratto (art. 51, comma 2 e comma 6, c. cons.), che un eventuale accordo transattivo, siccome a far difetto è ivi un requisito strutturale, refluisca naturalmente nel disposto dell'art. 1972, comma 2, c.c. con un'annullabilità

riservata così al consumatore inconsapevole¹²². Del resto, pure a supporre un continuo tra vessatorietà ed illiceità, quella dell'art. 1972 comma 1 c.c. è un' illiceità, per violazione di un ordine pubblico economico, ben diversa da una connessa ad un ordine pubblico di protezione¹²³. Perché, se vengono rimosse le conseguenze patrimoniali di una clausola abusiva, un siffatto accordo non dovrebbe risultare valido? E, parimenti, per quale ragione non dovrebbe mostrarsi valida la transazione, diretta a comporre una lite insorta a motivo di un inadempimento del professionista, nonostante nella stessa figura riprodotta una clausola vessatoria, poniamo di *ius variandi* ai sensi delle ll. m), o) e p) dell'art. 33, comma 2, rimasta inoperante?¹²⁴

È chiaro allora che, se in questi casi il giudice disattendesse una chiara volontà dismissiva del consumatore informato, paradossalmente verrebbe ad avallarsi il *controeffetto pregiudizievole* che, se poi quel consumatore dovesse nel merito perdere la causa, si impedirebbe il prodursi di una vicenda altrimenti *satisfattiva* dell'interesse protetto: il tutto singolarmente *ope iudicis*¹²⁵. Ancora una volta, quindi, *distingue frequenter*: Cass. 1875/2012¹²⁶, sull'inderogabilità di un foro del consumatore che un giudice non può maneggiare “in pregiudizio dell'interesse del consumatore”, donde il rigetto di un'eccezione di incompetenza che avesse un siffatto effetto, si iscrive, non v'è chi non lo veda, nella medesima direttrice teleologica¹²⁷.

Domanda: *nulla quaestio* che l'accordo transattivo sia naturalmente impugnabile a legittimazione relativa, qualche dubbio invece potrebbe sollevarsi, come viene rimarcato in un recente contributo¹²⁸, rispetto alla parzialità dell'art. 36, comma 1 c. cons. L'esempio che si fa è quello di un contratto *b2c*, nel quale figure una clausola vessatoria di *ius variandi*, messo in opera dal professionista senza che il consumatore l'abbia *in executivis* impugnata: se so-

¹²² Nel senso del testo v. pure BOTTONI, *La transazione lesiva*, cit. 190.

¹²³ Lo mette ben in evidenza D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 660.

¹²⁴ V. BOTTONI, *La transazione lesiva*, cit. 189 ove il rilievo, largamente condivisibile, che una siffatta clausola, trasmigrata nella transazione, non la inficia se «non abbia comportato conseguenze, non abbia inciso sul contenuto delle reciproche concessioni e non abbia costituito elemento di scambio».

¹²⁵ V. pure, nel senso del testo, CAPOBIANCO, *L'irrinunciabilità dei diritti dei consumatori*, cit. 284 ove il rilievo che un'interpretazione massimalista della *law consumer* «diverrebbe così irragionevole e inadeguata». Con il che, ci sembra, viene a neutralizzarsi in presa diretta pure l'argomento, ricorsivo in verità, che vorrebbe leggere gli artt. 124 e 134 c. cons. come *norme speciali* rispetto ad un art. 143 che non associa all'irrinunciabilità una qualche limitazione temporale.

¹²⁶ Cass. 8 febbraio 2012, n. 1875, in *Foro it.*, 2012, I, 1426.

¹²⁷ V. CAPOBIANCO, *L'irrinunciabilità dei diritti dei consumatori*, cit. 285.

¹²⁸ V., in particolare, BOTTONI, *La transazione lesiva*, cit. 187 s.

¹¹⁷ V., per tutti, DEL PRATO, *Fuori dal Processo – Studi sulle risoluzioni negoziali delle controversie*, Torino, 2016, 46 ss., spec. 49.

¹¹⁸ Come fa notare PERLINGIERI, *Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo*, cit. 1125.

¹¹⁹ Non ci sembra perciò calzante ritenere che l'accordo transattivo novativo, giusta il disposto dell'art. 36 c. cons. basculi tra l'operare del primo e del secondo comma dell'art. 1972 c.c.: così INDRACCOLO, *sub art. 1972*, in *Dei singoli contratti*, a cura di Valentini, Torino, 2011, IV, 772 s.

¹²⁰ Sulle orme ovviamente delle classiche pagine di SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1975, p. 68 e 89 ss.

¹²¹ Così PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, cit. 29 (c.v. nel testo) e MONTICELLI, *Patologia del contratto e negoziazioni compositive della lite*, in *Studi in onore di U. Majello*, a cura di COMPORI e MONTICELLI, Napoli, 2005, II, 249, sul presupposto che il nuovo rapporto, in quanto innovativo, non documenti l'illiceità originaria.

provviene un inadempimento e le parti provvedono a transigere, ad esserne oggetto non è più, si dice, il rapporto originario ma uno nuovo in virtù della modifica (illegittima) effettuata. Ora, se può esser vero che qui «non sarebbe possibile far valere l'inefficacia della singola clausola» perché il rapporto è diverso¹²⁹, neanche deve omettersi il contrappunto che se l'inadempimento è del consumatore ed ha per oggetto proprio l'ammontare del prezzo aumentato, la vessatorietà ex art. 33, comma 2, lett. o) ha reso la modifica senza effetto: *ergo* quel rapporto non si è mai mutato. Con un'impugnativa che non ha più motivo di mancare.

6. Epilogo in forma di un catalogo (di questi) in progress.

Chiosa finale.

Come si sarà intuito, che della nullità di protezione possa disporsi, la dottrina italiana, seppure spesso in maniera rapsodica¹³⁰, è fautrice da tempo, con il *refrain* di una preclusione ad un'eventuale convalida ex art. 1423 c.c., osteggiata notoriamente da più voci¹³¹, che passa, in realtà, in secondo piano se ci troviamo a convenire sulla premessa che *il convalidare*, già a livello di diritto comune, è pur sempre *una soltanto* delle forme di recupero trasformanti il principio di un'insanabilità retroattiva della nullità in un dispositivo cadetto. Rammentando, *en passant*, che il transigere non è un convalidare¹³², ci (ri)permettiamo soltanto di osservare che, se il "di protezione" è costruito a guisa di una legittimazione esclusiva¹³³, il disporre scientemente del

consumatore mette fuori gioco *hic et nunc* l'imprescrittibilità dell'azione di nullità.

Più di un aspetto, ciò nondimeno, rimane da appurare. Troppi, forse. Nell'ordine:

- a) Se l'accordo transattivo dovesse risultare *intrasparente*, dovrà farsi questione di una nullità *se ed in quanto* questo patto sia pure idoneo ad ingenerare, in violazione della buona fede, un significativo squilibrio oppure, e più persuasivamente¹³⁴, è da supporre che l'intrasparenza, certificando un consenso non informato, vale qui *di per sé* a giustificare un'inefficacia della rinuncia a motivo, diremmo, di un disvalore funzionale dell'accordo?
- b) Se il consumatore che abbia rinegoziato o transatto «dorme», e l'intesa transattiva presenti a sua volta delle altre clausole vessatorie, è il giudice che allora «provvede» nel caso il professionista dovesse agire lamentando un inadempimento del consumatore?¹³⁵ In realtà, ci verrebbe da osservare, l'intervento positivo del giudice, da *Profi Credit Polska S.A.* (C-176/17) a *Kušionova* C-34 (C-34/13) passando per *ERSTE Bank Hungary* (C-32/14)¹³⁶, non può distorcere il principio di effettività dell'art. 47 al punto di supplire *in toto*, si pensi ad un processo contumaciale così diverso da un procedimento ingiuntivo, ad un'integrale passività del consumatore¹³⁷;
- c) Siccome un accordo transattivo posteriore non supera *automaticamente* il controllo di trasparenza, è da supporre che sia il professionista il soggetto onerato giacché diversamente verrebbe confezionata un'inversione della prova ai sensi dell'art. 3; § 2, dir. 93/13 ?;
- d) Se, esemplificando, la clausola sulle modalità di calcolo del tasso di interesse variabile è accertata come abusiva, è conforme all'art. 6,

¹²⁹ Così BOTTONI, *op. ult. cit.* 188.

¹³⁰ V., *ex multis*, BILÒ, *Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 495 e 499. Per un quadro non di maniera v. adesso BOTTONI, *La transazione lesiva*, cit. 159 ss.

¹³¹ V. MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*, in *Contratti*, 2009, 1123, nt. 14), contrario a ritenere che al diritto di interpello possano riconoscersi delle conseguenze dispositive di diritto sostanziale, validate della clausola vessatoria, non previste dalla legge. *En passant*, visto che la *vexata quaestio* è ormai divenuta ricorsiva, segnaliamo la nostra diversa opinione già in PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida*, in *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini, Torino, 2009, 28 ss. Mediana la posizione di G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit. 70, laddove fa notare che, mancando una disposizione testuale «che neghi la convalida o, al contrario, l'ammetta», tutto in realtà finirebbe per ruotare intorno alla combinazione tra tipo di interesse protetto e vizio di nullità dedotto.

¹³² Ed adesso ci segue BOTTONI, *La transazione lesiva*, cit. 157.

¹³³ V. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come una categoria giurisdizionalizzata ?*, in *Persona e mercato* 2020, 31 ss. Salvo dire, come sostiene ANT. ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 723 ss. che la tecnica della nullità protettiva è sottratta al potere dispositivo del singolo.

¹³⁴ V. Conclusioni AG Saugmandsgaard Øe, cit. § 83 (ove si legge che una mancanza di trasparenza "sarebbe sufficiente, nel peculiare contesto di un accordo come quello di cui trattasi, a dimostrare l'incompatibilità della suddetta clausola con la direttiva in parola").

¹³⁵ Così SACCO, *Il contratto*, cit. 1490.

¹³⁶ Rispettivamente CGUE, 13 settembre 2018, CGUE, 10 settembre 2014 (§ 56) e CGUE, 1 ottobre 2015 (§ 62). A corroborare il tutto v. pure le Conclusioni dell'AG nella causa C-176/17, § 73.

¹³⁷ Il precedente di *Finanmadrid EFC SA c. Zambrano*, CGUE, 16 febbraio 2016, causa C-49/14, disapplicante il giudicato nell'ambito del procedimento di ingiunzione di pagamento perché disarticola il principio di effettività, non è in realtà, come potrebbe supporre, così probante. È vero infatti che vi si prevede il potere del giudice dell'esecuzione di verificare l'abusività delle clausole: ma, come già del resto anticipava nelle sue Conclusioni l'AG, *soltanto* a titolo di eccezione ed in difetto di una "soluzione migliore", se il codice di rito nazionale non dovesse contemplare, alla maniera del controverso sistema spagnolo, l'obbligatorietà di un sindacato officioso in nessuna delle fasi procedurali riguardanti l'emissione e l'esecuzione di un'ingiunzione di pagamento. *Finanmadrid* null'altro è, in effetti, che un complemento della ben più celebrata *Banco Español de Crédito* (C-618/10).

dir. 93/13 interpretandolo alla luce del principio di effettività, che il giudice nazionale rinvii le parti ad una *trattativa* al fine di determinare il nuovo tasso di interesse eletto a fattore di computo per gli anni successivi?¹³⁸ Al netto del credito restitutorio degli interessi indebitamente corrisposti, è di tutta evidenza che la variante descritta muove dalla precomprensione che le parti già siano obbligate *ex fide bona* a negoziare una clausola siffatta onde far sì che il contratto concluso possa proseguire. Diversamente ci troveremmo di fronte ad un obbligo imposto giudizialmente afflitto, per altro, da un alto tasso di aleatorietà visto che l'esito della trattativa potrebbe mostrarsi infruttuoso¹³⁹;

- e) Se l'abusività di una clausola, nella sua versione originaria idonea a determinare la caducazione del contratto, tale più non è per effetto di una modifica pattuita dalle parti *in executivis*, il giudice deve comunque procedere, in forza degli artt. 3, §§ 1 e 2, e 6 dir. 93/13, alla declaratoria sebbene, e qui sta il punto, l'eventuale sentenza andrebbe così ad impattare su di un *contratto diverso* da quello originario?¹⁴⁰ Se la modifica convenzionale ha l'effetto di instaurare un equilibrio tra le parti, la sentenza di accoglimento che venisse resa comporterebbe il paradosso, non v'è chi non lo veda, di innescare delle obbligazioni restitutorie inclusive non soltanto delle somme indebitamente versate in virtù delle clausole abusive ma anche di quelle pagate in virtù di un titolo che, per effetto della modifica, abusivo più non è.
- f) Una convalida, sperimentata non ai sensi dell'art. 1444 c.c. bensì attraverso il medio di un'interpretazione evolutiva dell'art. 1423 c.c.¹⁴¹, nel quale cioè il "disporre" stia per un "risultare", è da reputare che si estenda pure al successore nel medesimo rapporto ancora pendente, quindi anche al cessionario, in caso di cessione del contratto? Se ragioniamo di un

effetto di inoppugnabilità, in quanto la nullità originaria, dismesso il diritto di denunciarla, *non v'è più*, dovremmo a cascata discorrere di un'efficacia *erga omnes*;

- g) Premesso che un accordo con il quale il professionista elimina le clausole abusive è valido ma, nel contempo, non è una transazione, *quid* rispetto ad un'intesa con la quale le parti transigano sulle obbligazioni restitutorie di una vessatorietà accertata giudizialmente? Stiamo discorrendo, naturalmente, di una transazione avente ad oggetto la determinazione convenzionale del *quantum* dell'indebito perché se l'intesa si limitasse a riprodurre gli effetti restitutori di legge, allora non avremmo una transazione, stante la carenza di reciproche concessioni, quanto e piuttosto un atto ricognitivo dei diritti di controparte associato ad una rinuncia ad opporre una qualche contestazione¹⁴².

Orbene, chi muovesse dalla premessa che la giurisprudenza pare ammettere una transazione sulle conseguenze risarcitorie o restitutorie scaturite da titoli illeciti¹⁴³, formulerebbe, in realtà, un rilievo alquanto lasco. Se l'assunto infatti è che professionista e consumatore qui si accordano sulle obbligazioni restitutorie di una nullità accertata, il titolo fondante la pretesa e sul quale viene a transigersi non è più infatti la clausola vessatoria bensì, com'è intuitivo, «un'altra causa dell'obbligazione»¹⁴⁴, da rinvenirsi va da sé in quell'indebito oggettivo sul quale non si vede per quale ragione dovrebbe allora escludersi una transigibilità. Per quanto infatti la prestazione indebita rampolli da una clausola nulla, questa ormai rileva da fatto storico accertato giudizialmente, con il risultato che la parziale concessione fatta dal consumatore non si traduce in una, a sua volta, parziale rilevanza dell'originaria pretesa illecita¹⁴⁵. Ergo, se non è controverso l'*an* del diritto alla restituzione bensì la sua ampiezza, siccome la *res* litigiosa qui riposa su di un titolo di accertamento giudiziale, la transazione determinativa del credito restitutorio sarà valida: diversamente verrebbe a profilarsi un'ingiustificata disparità di trattamento atteso che la dottrina è incline a dare per pacifica una transigibilità sui diritti risarcitori originati da un fatto illecito o da un inadempimento¹⁴⁶;

¹³⁸ È una variabile messa in forma da *Banca B. SA c. A.A.A.*, causa C-269/19, tuttora pendente.

¹³⁹ A tacer della circostanza, ad onor del vero, dirimente, che può dubitarsi seriamente che, caduta la clausola sugli interessi compensativi, non cada pure il contratto visto che non può certo immaginarsi un mutuo convertito in gratuito.

¹⁴⁰ V. Causa C-19/20, *I.W. e R.W. c. Bank BPH Spółka Akcyjna w Gdańsku*, ancora pendente.

¹⁴¹ Sulla preclusione ad un'estensione analogica dell'art. 1444 c.c. v. adesso, con rigore sistematico, CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2019⁵, 419, nt. 88. Per altro, contrariamente a quanto ci imputa PERLINGIERI, *Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo*, cit. 1115 e 1124, mai abbiamo sostenuto che ogni nullità consumeristica, per l'essere confezionata come "di protezione", sia convalidabile e che, *pour cause*, la convalida sia un *automatismo*.

¹⁴² V. GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit. 250 s.

¹⁴³ V., seppur *obiter*, Cass. 27 febbraio 2004, n. 3975, in *Foro it.*, 2005, c. 1769 ed App. Milano, 30 novembre 1993, in *Gius*, 1994, 108.

¹⁴⁴ Così RIVA, *La transazione invalida*, cit. 86.

¹⁴⁵ Come scrive RIVA, *op. loc. ult. cit.*, ci troviamo al cospetto di «una composizione bonaria della consistenza degli effetti che ne derivano per legge».

¹⁴⁶ V. pure RIVA, *op. ult. cit.* 87.



- h) Un accordo transattivo può involgere una fattispecie di nullità protettiva *altra* rispetto a quella comminata nell'art. 36 c. cons.? Si pensi, volendo esemplificare alla fattispecie che si legge nel disposto dell'art. 56, comma 1, c. cons. in merito al pattuire limitazioni al rimborso delle somme in conseguenza dell'esercizio del diritto di recesso;
- i) Dal combinato disposto degli artt. 36, comma 3 e 127, comma 1, T.U.B., ricaviamo che l'apparato a protezione del consumatore e del cliente è derogabile soltanto in senso a loro *più favorevole*. Ebbene, un accordo transattivo, che soddisfi l'interesse protetto dalla comminatoria di nullità, è da iscriversi nella cornice di una siffatta deroga? Potremmo pure pensare, in realtà, ad un art. 36 c. cons. quale *disposto speciale* che deroga all'art. 143¹⁴⁷.

Leggiamo sovente, e così ci congediamo, che un accordo transattivo, siccome ha come effetto la rinuncia all'azione di nullità, porta con sé pure un disporre abdicativamente dell'indebito restitutorio. Ora, se è da considerarsi un truismo domandarsi se le parti possano successivamente pentirsi e stipulare così un mutuo dissenso caducante l'intesa transattiva¹⁴⁸, non lo è affatto riflettere sugli effetti processuali di una rinuncia succedanea, quale atto isolato, del consumatore. L'opinione che, sulla scorta di un lasco richiamo a Cass. 9477/1993¹⁴⁹, limita la suddetta rinuncia al *solo* giudizio nel quale la si venga a manifestare, donde va da sé una facoltà del rinunziante di instaurare un *nuovo* giudizio avente il medesimo oggetto, ci sembra discutibilmente declinare in senso fin troppo debole un *disporre* che in realtà vi è stato¹⁵⁰. *En passant* rileviamo che la vischiosità del quadro italiano è accentuata dal fatto che, diversamente da quanto sancito nella sentenza *Banif Plus Bank*¹⁵¹, per le S.U. gemelle 26242 e 26243/2014 la

declaratoria di abusività è subordinata alla proposizione della relativa domanda da parte del consumatore, dovendo altrimenti il giudice accogliere o rigettare la domanda per altro motivo¹⁵².

È vero però che qui si dischiuderebbe tutto un altro genere di riflessione, facendo così riaffiorare l'istantanea, dalla quale abbiamo preso le mosse, di un'invalidità europea come una *unvollendete*. Del che, notiamo, sarebbe *a fortiori* stupefacente se qualcuno dovesse ancora accusare un qualche moto di sorpresa. Per es., se *Aziz* (C-415/11) aveva infatti chiarito che l'aggiudicazione definitiva ad un terzo di un bene ipotecato rilevava da fattore ostativo a che potesse riesaminarsi la validità del mutuo a monte¹⁵³, *Santander* (C.598/15) non era stata da meno¹⁵⁴: ivi escludendosi che un sindacato giudiziale di abusività potesse pregiudicare l'aggiudicatario di un immobile divenuto proprietario a seguito di un'esecuzione stragiudiziale della garanzia ipotecaria. Tradotto, diremmo, se la legittimazione è *relativa*, pure l'opponibilità, lungi dal mostrarsi *piena*, è *contra personam*.

Orbene, adesso il rinvio pregiudiziale dell'*Audiencia Provincial de Zaragoza*¹⁵⁵, occasionato dalla circostanza che la Corte costituzionale spagnola ha escluso invece che l'aggiudicazione osti al riesame, officioso o su istanza del consumatore, di una vessatorietà delle clausole¹⁵⁶, segnala come non sia affatto chiaro se lo stato di eccezione della nullità protettiva consumeristica si spinga fino al punto di impastoiare il regime dell'opponibilità ai terzi. Nonostante il trasferimento della proprietà e quantunque il consumatore debitore non abbia provveduto ad opporsi all'esecuzione eccedendo, nei termini di legge, l'abusività del contratto, è allora soltanto lo spossessamento dell'esecutato, come viene detto, che limita l'operatività della 93/13?¹⁵⁷

rilievo officioso dell'abusività di una clausola contrattuale e le sue ricadute sul piano interno, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1249.

¹⁵² Con il risultato, tra l'altro, che, sempre stando alle S.U. gemelle, non viene ad aversi, in questo caso, un effetto di giudicato a motivo della peculiarità delle nullità di protezione (3.13.2 della motivazione).

¹⁵³ CGUE, 14 marzo 2013: sicché la direttiva 93/13 non potrebbe più applicarsi laddove il bene non sia rivendicabile

¹⁵⁴ CGUE, 7 settembre 2017. Emblematiche le Conclusioni dell'AG Wahl, secondo cui la procedura di esecuzione stragiudiziale "non ha ad oggetto la valutazione e/o l'esecuzione di un contratto tra un professionista e un consumatore, ma è semplicemente volta a garantire l'efficacia di un diritto di proprietà *legalmente acquisito* e iscritto nel registro immobiliare" (c. vo aggiunto).

¹⁵⁵ C-600/19, *MA c. Ibercaja Banco SA* del 6 agosto 2019.

¹⁵⁶ Che, in questa versione, troverebbe il suo *dies ad quem* nell'immissione nel possesso.

¹⁵⁷ Il che evidenzia come l'argomento opposto abitualmente dalla dottrina italiana, all'insegna di un siccome la nullità dell'art. 36 c. cons. è a parzialità necessaria, «la validità del titolo del dante causa non viene compromessa», ergo il problema si mostra irrilevante (così BELLELLI, *sub art.* 1469 *quinquies*, in *Alpa – Patti* (a cura di),



¹⁴⁷ V. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2014³, 94, in alternativa naturalmente a ritenere, coe, sopra abbiamo suggerito, che l'art. 143 c. cons. si presti ad un'interpretazione restrittiva di stampo correttivo.

¹⁴⁸ Donde, va da sé, una reviviscenza dell'interesse ad un accertamento della nullità.

¹⁴⁹ In quanto andrebbe pur chiarito che Cass. 11 settembre 1993, n. 9477, in *Fam. dir.*, 1994, 26, è riferita ad una dichiarazione giudiziale di paternità (o maternità) naturale: così come i due *dicta* successivi che la ricalcano, v. Cass. 1 dicembre 1999, n. 13408, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, 2420, una è sempre resa a margine dell'art. 274 c.c. mentre la più recente Cass. 15 giugno 2017, n. 14879, in *Foro it.* 2017, I, 2680 ss è pronunciata in tema di disconoscimento della paternità.

¹⁵⁰ E che dovrebbe, di conseguenza, implicare una preclusione ad ogni futuro accertamento. Come si legge in *Banco Primus*, CGUE, 26 gennaio 2017, causa C-421/14, la tutela del consumatore non può reputarsi *illimitata*, declinando di fronte ad un principio di certezza del diritto.

¹⁵¹ V. *supra* nt. 81. In dottrina coglie il punto RUMINE, *La giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in tema di*

Oppure, a tutela dei terzi di buona fede acquirenti a titolo oneroso, dobbiamo pensare ad una decisa preferenza verso il regime ben più blando che l'opponibilità riceve in tema di annullabilità?

Verrebbe da osservare che, se la tutela è contro un *significativo squilibrio* ed ha per oggetto clausole che sono da considerarsi come non apposte fin dall'origine, non dovrebbe rilevare, come già si è fatto notare¹⁵⁸, chi sia il *soggetto* che, in via mediata, si trovi a chiedere l'adempimento del contratto viziato. Dunque opponibilità piena.

Anche su questo versante il dado sembra così tratto.

Vedremo però.

Le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, Milano, 1997, 1033 ss.), viene ad essere altamente sdruciolevole.

¹⁵⁸ V. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, cit. 94.