

UN GIRO D'ORIZZONTE SULLE NULLITÀ DEL TERZO MILLENNIO*

Di Stefano Pagliantini

| 31

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *L'odierna curvatura funzionalistica del “di protezione”*– 3. *Il consumerizzarsi, nella “dottrina” della Corte, delle nullità assolute: spigolature.* – 4. *La ragionevolezza quale formante unitivo di una nullità giurisdizionalizzata ? Un arcipelago rimediale per i contratti a valle.* – 5. *Intermezzo.* – 6. *Il “secondo tempo” della Cassazione sulle nullità selettive e gli equivoci di un concettualismo dottrinale d’antan.* – 7. *La “fucina” creativa della CGUE (e dei giudici del rinvio): dal mito di un art. 1374 quale norma preclusiva ai nova di una giustizia inclusiva unitamente al binomio Lintner - Kancelaria Medius SA.* – 8. *I “mobili” confini della giustizia inclusiva* - 9. *... e la resilienza della CGUE.* – 10. *Una giustizia inclusiva apparente ?* – 11. *A mo' di epilogo: l'illusione di un terzo paradigma e dintorni.*

ABSTRACT. Il presente saggio svolge alcune profonde riflessioni sulla nullità di protezione. La quale nella sua complessità pone in luce, non solo profili tipizzati nella regola (legittimazione relativa, parzialità necessaria, e rilievo officioso sui generis), ma anche una diretta incidenza della disciplina speciale su una pluralità di istituti postcontrattuali (dalle restituzioni, al termine di prescrizione, fino alla sanabilità e opponibilità ai terzi). Da qui la conclusione sulla inopportunità di un'eventuale nuova fattispecie esplicativa. Occorre invece, secondo l'autore, un cammino che principi dalle cose, secondo una sequenza che dal particolare risalga al generale. Il che richiede un necessario ripensamento dell'intelaiatura degli articoli 1418 e seguenti. Senza la quale "la scorciatoia del c.d. rimedialismo continuerà a dilagare, rompendo ogni argine".

This essay carries out some profound reflections on the nullity of protection. Which in its complexity highlights not only profiles typified in the rule (relative legitimacy, necessary partiality, and a particular detectability by the judge), but also a direct impact of the special discipline on a plurality of post-contractual juridical institutions (such as restitutions, limitation periods, curability and opposability to third parties). Hence the conclusion in the sense of the inappropriateness of a possible new explanatory legislative provision. According to the author, instead, a path that starts from the concrete situations is necessary, according to a sequence that proceeds from the particular to the general. This requires a necessary rethinking of the framework offered by articles 1418 and following. Without which "the shortcut of the so-called remedialism will continue to spread, breaking every embankment".

1. Premessa.

In un suo magistrale saggio del 2005, Vincenzo Scalisi scrive che il modello euristico del “molteplice” ha investito pure «le forme di qualificazione negativa dell’agire autonomo dei privati», con una nullità che da singolare si fa plurale, passando da categoria «*a priori* a giudizio valutativo invece conseguibile soltanto *a posteriori*»¹. È una pluralità, diremmo, che ormai è apprezzabile all’ennesima potenza, avendo oltrepassato le colonne d’Ercole dello schema diarchico *b2c – b2b*, per uno scomporsi di ogni singola partizione in tanti segmenti fittamente contrassegnati da presupposti e condizioni di uno statuto normativo cangiante. È vero che pure quelle di ispirazione europea sono pur sempre delle comminatorie ordinabili secondo il binomio *nullità strutturali e funzionali*, due qualificativi ancora utili a restituire l’immagine plastica di una nullità rinserrata in una incompletezza della fattispecie o nel disvalore verso clausole illecite perché inique o più sfavorevoli al contraente protetto. Sappiamo però che, diversamente da quelle codicistiche, le nuove nullità, come sempre Scalisi per primo ha evidenziato², *non nullificano* in quanto piuttosto *rimodellano* il contratto che ne sia afflitto. Ergo la loro messa a regime passa per dispositivi riportanti in auge uno statuto che, come ormai è invalso chiamarlo, è (in senso proprio) di *gestione conservativa* del regolamento contrattuale.

Fin qui, lo direbbe pure l’interprete meno smaliziato, niente che giustifichi però una nuova narrazione, corposa o sintetica che sia, sulle nullità in quanto che la post-modernità abbia archiviato il mondo *di ieri*, trasformando le nuove nullità in un *rimedio*³, è una constatazione che ci ripetiamo, più o meno stancamente, da circa un trentennio. Se non fosse, arriviamo così subito al punto, che il richiamo al “di protezione” quale lemma, diremmo, incorporante un *autonomo* dover essere normativo⁴, qui ci serve non tralattivamente bensì a guisa di una premessa sintetica dalla quale prendere le mosse per

¹ V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d’azione delle nullità di protezione*, ora in ID., *Il contratto in trasformazione*, Milano, 2011, 197 (dal quale si cita).

² In *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 489 ss.

³ V. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *Eur. dir. priv.* 2015, 597 s. mentre si mostra scettico, se il rimedio lo si confina alla c.d. riconformazione strutturale della fattispecie, SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent’anni dal convegno palermitano*, a cura di Grisi, Napoli, 2019, 156.

⁴ Tutt’uno, va da sé, con un potere del consumatore di neutralizzare, perché inefficiente *market oriented*, una predisposizione unilaterale abusiva.

svolgere tre notazioni che, come cercheremo di dimostrare, di ricorsivo hanno invece ben poco.

2. L’odierna curvatura funzionalistica del “di protezione”

La prima.

Per quanto possa suonare scomoda, c’è una domanda che si mostra ineludibile: quanto ha senso, nella cornice odierna, continuare ad etichettare il nesso unitivo del “di protezione” come *speciale* quando, a livello di post-nullità, le deviazioni dal modello codicistico sono così pingui e folte da far emergere un diverso *principium individuationis*? Al netto della constatazione che la si è sempre maneggiata incardinandola su parametri disomogenei, di talché quanto era *speciale* per un interprete tale spesso non è apparso ad un altro, non è piuttosto vero che la specialità odierna null’altro è che un *commodus discessus* di ripiego, se non gattopardesco, occultante la circostanza che quel genitivo esprime sì un ibrido ma se per bussola continuiamo a prendere un dualismo oppositivo nullità – annullabilità, già increspato da più di una screziatura nel 1942, che il XXI secolo ha ormai trasformato in un paradigma, se non consunto, decisamente sbiadito? L’idea di una specialità, stiamo dicendo, è succosa se la si *storicizza*, declinandola quale momento di un più vasto processo di evoluzione delle categorie, non più racchiuse in un «unico orizzonte globale di senso»⁵, ma perde di ogni mordente allorché da una prima stagione, tutta intessuta in effetti da un avvicendamento riflettente una *pluralizzazione* degli statuti normativi di protezione, si prende contezza che si è passati ad una seconda fase, nella quale ci troviamo pienamente immersi, dominata diremmo da una decisa accelerazione della *curvatura funzionalistica* di queste nullità: le quali, non a caso, sono da riguardare come *inoperanti* quando, alla maniera dell’art. 156, comma 3, c.p.c., sia stato comunque raggiunto lo scopo protetto dalla norma violata⁶. Volendo potremmo dire che si va radicalizzando, nell’odierna stagione, quel processo, lucidamente evidenziato dalla dottrina più attenta⁷,

⁵ Così SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d’azione delle nullità di protezione*, cit. 202.

⁶ Per qualche spunto di passata v. già PAGLIANTINI, *Una nullità di protezione (ancora) in cerca d’autore?*, in *Giur. it.*, 2020, I, 280 ss.

⁷ V., pur con una diversità di accenti e toni, BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in NAVARRETTA (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, 31 ss.; LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*,



di un regolamento contrattuale che si *emancipa* dalla sua fonte in quanto il piano della regola intercetta dei principi, e quello iscritto nel codice di rito è riteniamo il più pregno di significato⁸, la cui applicazione è il riflesso, detto di nuovo alla Scalisi maniera⁹, del *contesto situazionale* nel quale *quella* fattispecie si trova calata come un segmento. Di passata ci limitiamo ad osservare che il *focus* sull'art. 156, comma 3, c.p.c. non dovrebbe suonare fantasioso o bizzarro al civilista che, memore della lezione falzeiana, riscoprisse la valenza euristica del principio di convenienza dell'effetto al fatto¹⁰, con una *strumentalità antiformalistica* della comminatoria allo *scopo*: è piuttosto il calcolo differenziale di Adolf Merkl che non si addice in realtà al “di protezione”, prodromico com'è questo sì ad una *Stufen der Nichtigkeit* ma astratta e neutrale, nel senso di *indifferente* al concreto assetto degli interessi.

Che non sia allora vero, come adesso ci ammonisce limpidamente Nicolò Lipari¹¹, che la soggezione giustapposta al “di protezione” talora viene vista dalle Corti, a riprodurla «nei modi del suo riconoscimento formale», come causativa di «una situazione di oggettiva disuguaglianza»? Nell'ottica di raccordare il *ius dicere* al principio di eguaglianza, ha del plausibile in effetti pensare che un *abuso*, quale limite ostativo alla giustiziabilità della pretesa dedotta dal consumatore o dal cliente, rappresenti niente più di un *escamotage* argomentativo occultante, in realtà, un'applicazione diretta dell'art. 3 cpv. Cost. Visto infatti che il giudice è chiamato ad applicare il “di protezione” ad una fattispecie concreta, allorché le condizioni effettive del soggetto normativamente protetto *non corrispondano* a quelle astrattamente previste ai fini della tutela, questo “fatto”, proprio a motivo del versare di codesto soggetto in una situazione *migliore*, va a *reagire* sull'*an e/o sul quomodo* della protezione, nel senso che dà «alla previsione astratta una diversa valenza concreta». Il caso di un art. 9 l.

Milano, 2017, 83 ss. e P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 227 ss.

⁸ Ben riassunto da PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2014⁶, 208 che discorre di una sanatoria oggettiva per convalidazione oggettiva dell'atto. L'art. 156, comma 3, è –leggiamo– il luogo «più antiformalistico» che «si possa immaginare» perché è fondato tutto «sul principio della strumentalità delle forme rispetto allo scopo». Una lettura formalistica di (in)estensibilità del principio nell'area delle nullità sostanziali alberga ancora invece, e assai vividamente, in Cass. 9 marzo 2018, n. 5662.

⁹ In *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit. 226.

¹⁰ V. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 456 ss.

¹¹ In *Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, I, 537 s.

192/98 non più applicabile al momento del giudizio, se l'impresa dipendente, rispetto al tempo della domanda, si trovi a reperire sul mercato delle alternative soddisfacenti, è istruttivo di come una curvatura funzionalistica sia chiamata a sterilizzare una continuazione coattiva del contratto *non* più abusivo. Qui, come può agevolmente dedursi, il rimedio risarcitorio/restitutorio fa da sé, senza l'ausilio di stampelle invalidanti: e, al tempo stesso, il parallelismo con l'art. 1448, comma 3, si mostra di un'evidenza lampante.

All'interprete provveduto non dovrebbe sfuggire, chiosiamo, quanto questa prospettiva sia concorrente a quella di un art. 1424 *ter*, intitolabile alla “sanatoria” del di protezione¹², immaginando così de iure condendo una norma che reciterebbe di una convalida espressa ad opera del soggetto legittimato. Pure infatti ad ammetterla, una siffatta disposizione non coprirebbe i casi nei quali, nonostante la diversa volontà del soggetto protetto, una nullità non si ha da dare.

3. Il consumerizzarsi, nella “dottrina” della Corte, delle nullità assolute: spigolature

La seconda.

Siccome nessuna riflessione sulle nullità ha senso prescindendo da una storicizzazione del discorso, la *novitas*, che c'era da attendersi, si sta già compiendo: una nullità quale tecnica di costruzione mobile del regolamento contrattuale non è più infatti monopolio di diritti secondi ormai percorsi da una dottrina delle Corti che li fa somigliare a dei quadri in movimento. Profondamente scossa è pure l'area delle nullità codicistiche, già intessute nel 1942 da un elegante ricamo di genere a specie, che nel terzo millennio declina fino a stingere nel nuovo ordine di un'*inefficacia contestualizzata*, lasciando così intravedere il compiersi di una metamorfosi senza precedenti. Le nullità assolute delle c.d. leggi speciali, dalle urbanistiche a quelle delle intese passando per l'intermezzo del mutuo fondiario e della *claims made* (pura ed impura)¹³, sono invero

¹² Così GIROLAMI, *La fiera delle nullità*, in *Annuario del contratto 2018*, diretto da D'Angelo e Roppo, Torino, 2019, 73.

¹³ Paradigmatico di un *modus operandi* finalizzato ad individuare un punto di equilibrio tra gli interessi delle parti è Cass. 13 maggio, 2020, n. 8894, in *Dejure*, chiamata a pronunciarsi sulla vicenda di un ospedale, citato in giudizio dai genitori di un bambino, per vederlo condannare al risarcimento dei danni subiti da quest'ultimo durante la degenza. La struttura sanitaria opponeva la manleva dalle Generali in virtù di una polizza assicurativa r.c. che tuttavia annoverava una *claims made* condizionante la manleva alla denuncia del

tutto un fiorire di comminatorie *funzionalizzate*, nel senso proprio di ancillari ad un *graduarsi* dell'inefficacia originaria, con discipline, improntate ad una inefficacia irretroattiva e sospesa, conformabile *ex novo* o sanabile, approdanti ad una gestione “consumerizzata” del rapporto contrattuale. È una consumerizzazione, notiamo, che si situa nel contaminare quella dimensione di una nullità quale *negazione*, e quindi «non concessione – rifiuto della protezione giuridica»¹⁴, sovrapponendole un ritaglio conformativo del regolamento pattizio nella chiave di una *gestione graduata* dell'efficacia del contratto. Cass. 9719/2020 è paradigmatica, al riguardo, di una “decodificazione giurisprudenziale” dell'art. 1419, comma 1¹⁵: la nullità del preliminare non travolge – leggiamo – la dichiarazione di scienza del venditore di aver ricevuto il prezzo onde innervare il diritto del promissario acquirente al credito restitutorio ex art. 2033 ss¹⁶.

Altra domanda allora: pure le nullità assolute, messo in un canto il fine demolitorio, si sono perciò incamminate lungo un percorso tipico di *nullità efficienti*, perché comandate alla gestione degli effetti, con una trasformazione *in progress* da

sinistro, da risarcire, entro 12 mesi dalla cessazione di efficacia della polizza. Com'è intuitivo, si era al cospetto di una sperimentata clausola di decadenza temporale a carico dell'assicurato non imputabile ad una sua condotta. Stando al testo della clausola, l'assicurato poteva infatti sì beneficiare della manleva ma soltanto se, nei dodici mesi dalla cessazione della polizza assicurativa, ne avesse fatto richiesta alla compagnia assicuratrice. Il che presuppone, evidentemente, che la richiesta di risarcimento del danneggiato venga formulata nel medesimo arco temporale. Di qui un dispositivo della S.C. che, dopo aver evidenziato il possibile contrasto con l'art. 1341 c.c., con un qualche costrutto ne fa una questione di violazione dell'art. 2965 c.c.: norma, questa, comminante la nullità per gli atti che, contemplando delle decadenze, rendono oggettivamente difficoltoso l'esercizio del diritto di una delle parti. Ora, se un termine di 12 mesi, onde procedere alla denuncia del sinistro, vessatorio non lo è, in quanto espressivo di uno *spatium temporis* più che sufficiente ad attivare la manleva, è pur vero che riconnette l'imputazione del rischio alla condotta del terzo danneggiato, cioè ad un fatto sul quale, nonostante la propria diligenza, l'assicurato non può interferire. Di qui, un'illiceità ai sensi dell'art. 2965 c.c., con annessa nullità della *claims made*, annoverata nella specie tra quelle prescindenti dalla diligenza della parte assicurata e che riconnettono l'esercizio del diritto al manifestarsi di condotte imprevedibili di terzi.

¹⁴ Così SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit. 208.

¹⁵ L'espressiva formula è di BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, Milano, 2020, 271.

¹⁶ Cass. 26 maggio 2020, n. 9719, in *Dejure*.

comminatorie non più *a priori* ma a valle, in vista cioè di assetti «preferiti e sottratti al divieto»?¹⁷

Se, notiamo, l'interrogativo è prodromico all'agnizione di una nullità assoluta che, sul modello dell'imperante parzialità necessaria, si fa *ortopedica*, con una correzione sovrastante un effetto totalmente ablativo, sottinteso quando la *ratio* della comminatoria «sia meglio soddisfatta»¹⁸, siamo più che propensi a crederlo. *Idem*, va da sé, laddove si prenda le mosse da questo assunto per ribadire, come la dottrina più sensibile segnala da tempo¹⁹, che un'integrazione del contratto, oltre che per addizione, la si pratica pure sottrattivamente. Se invece, arriviamo così al punto, la formula, anziché evocare una *teleologische Reduktion* compressiva di una nullità totale quando andrebbe a vulnerare la *ratio* della comminatoria²⁰, è al servizio dell'idea che la parzialità necessaria possa ultrattivamente trascorrere dai diritti secondi a quello primo, dando così luogo ad un'ipertrofica analogia *quoad effectum*²¹, ne dubitiamo fortemente.

L'obiezione, di innegabile spessore, che potrebbe invero farsi è sunteggiabile nel rilievo che il “di protezione” nasce rispetto a scambi non sostenuti da un accordo o muniti di un accordo la cui bilateralità è così contratta che l'ordinamento *bilancia* l'asimmetria di potere con una *dissimmetria rimediabile* di segno opposto. Chi volesse prestare fede ad una siffatta premessa, siccome verrà a riconnettere il darsi di rimedi unilateralmente orientati al presupposto di uno svuotamento *ex uno latere* della libertà di autoregolamentazione, dovrebbe per riflesso trarne la deduzione che un consumerizzarsi della nullità codicistica postula paritariamente un *bypass* destabilizzante l'art. 1322, comma 1, c.c. in un modo che risulta idoneo ad alterare «anche (la struttura del) l'atto»²². Ora, è vero che ogni nullità racchiude un disallinearsi tra l'essere ed il dover

¹⁷ V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit. 213. Esempio, pur se con un distinguo finale, la sintesi che ne fa MAZZAMUTO, *Ricordo di Vincenzo Scalisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 109 s.

¹⁸ Così, incisivamente, POLIDORI, *Integrazione del contratto e nullità parziali*, in *Il contratto*, a cura di And. Federico e G. Perlingieri, Napoli, 2019, 70.

¹⁹ V. adesso, ritornando sul tema, D'ADDA, *Enzo Roppo e le stagioni dell'integrazione del contratto*, in *Annuario del contratto 2019*, a cura di D'Angelo – Roppo, Torino, 2020, 30.

²⁰ Sul che conviene adesso pure BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit. 267 ss.

²¹ Per una applicazione analogica dell'art. 36 c. cons. in favore del contraente “debole” non consumatore v. la ricca ed interessante monografia di TRUBIANI, *I contratti delle microimprese: regole del mercato e controllo giudiziale*, Napoli, 2020, 271 ss.

²² Così SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit. 233.



essere del contratto: ma quella codicistica rimane congegnata secondo una tipicità modulare *interdittiva* che, prescindendo dallo *status* del contraente o dalla prestazione negoziata, non è plasmabile *ad finem*, cioè inoculando nel suo statuto ablativo una concorrente tutela satisfattiva di «particolari esigenze delle parti o di terzi»²³. Al di fuori di talune fattispecie edittali (artt. 2126, 2332 e 2035 c.c.), quella codicistica non nasce insomma come una nullità quale dispositivo di orientamento selettivo della disciplina applicabile e tantomeno dischiude il *quid* di una *mala fides* del predisponente che vada ad integrare l'inverarsi di una declaratoria di nullità. Di fondo torna, ecco una possibile chiosa, la stessa ragione assiale per cui un'autorealizzazione degli interessi, ostativa a che la nullità possa poi ragionevolmente operare, non alberga nel *set* degli artt. 1418 – 1424 c.c.

Più che di un consumerizzarsi, se così è, dobbiamo allora discorrere di un ambito codicistico non più riguardabile come un sistema chiuso quanto e piuttosto a guisa di un *set* normativo segmentato nel quale converge una ricca serie indeterminata «di fenomeni concreti»²⁴?

È assai probabile: ma, *cave*, se la suddetta fenomenologia trova senz'altro il suo laboratorio sperimentale nella riscoperta di un art. 1419, comma 1, c.c. distillato per il medio di una buona fede «selettiva»²⁵, non è men vero che tra le sue evidenze, allo stato, continua a difettare *quella* di una nullità virtuale per contrarietà a buona fede. Il tutto non foss'altro perché, ci verrebbe da osservare, un dilagare dell'art. 1418, comma 1, c.c. avrebbe un *effetto concorrenziale* sulla disciplina consumeristica e su quella dell'annullabilità²⁶: destinate va da sé ad una smaccata marginalità applicativa nel momento in cui, in luogo dei rigidi presupposti dell'una e dell'altra, il contraente danneggiato potesse invocare *recta via* una nullità opponendo una *pura slealtà* della controparte. È semmai vero che l'incrociarsi di regole di comportamento e di validità vive una stagione corrente di decostruzione retta da parametri

essenzialmente mobili²⁷: la lettera riformata dell'art. 13, comma 6, l. 431/98 continua a certificare come la *condotta illecita* del locatore legittima il conduttore ad ottenere giudizialmente la costituzione di un rapporto nullo. *Il quod nullum est* qui si eclissa: e, a farne *tabula rasa*, è la violazione di una regola di condotta azionante il diritto del conduttore, Cass. 18214/2015 *docet*²⁸, ad una tutela premiale.

4. La ragionevolezza quale formante unitivo di una nullità giurisdizionalizzata? Un arcipelago rimediale per i contratti a valle.

La terza.

Prende corpo sempre più l'idea che, se il fine ultimo dell'odierno *ius dicere* è addivenire alla confezione di un regolamento contrattuale «senz'altro meritevole di tutela giuridica»²⁹, allora il problema non consiste tanto nel constatare il sempre più frequente darsi, in un sistema di fonti multilivello, di una gamma di possibilità interpretative per *ogni caso* bensì, e *recta via*, nel commisurare la regola contrattuale ad una ponderazione virtuosa dei contrapposti interessi, con il conio di regole di azione viste come *adeguate* in quanto attuano un contenuto di valutazione improntato a ragionevolezza³⁰. Una siffatta impostazione, siccome non ravvisa di per sé nella nullità il rimedio tuzioristico cannibalizzante gli

²³ Cfr. SCALISI, *op. ult. cit.* 243.

²⁴ Così RESCIGNO, *I contratti in generale*, in LIPARI – RESCIGNO (diretto da), *Diritto civile*, III, 2, Milano, 2009, 3.

²⁵ V., a titolo esemplificativo, Cass. 28 febbraio 2019, n. 5794; Cass. 30 luglio 2018, n. 20069; Cass. 12 marzo 2014, n. 5779, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 735 ss.; Cass. 28 aprile 2010, n. 10215, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, II, 131 ss. e Cass. 26 maggio 2008, n. 13561. In dottrina D'ADDA, *Enzo Roppo e le stagioni dell'integrazione del contratto*, cit. spec. 28 ss.

²⁶ V. pure NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, in *Giust. civ.*, 2020, 255.

²⁷ V., perspicuamente, ADDIS, *Brevi note sul festeggiato e su una particolare tecnica di attuazione del diritto (la "riconduzione a condizioni conformi")*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di Grisi, Napoli, 2019, 371. Ci permettiamo di osservare che rimarcavamo una siffatta connessione in PAGLIANTINI, in MAUGERI – PAGLIANTINI, *Il credito ai consumatori. I rimedi nella ricostruzione degli organi giudicanti*, Milano, 2013, 88, evidenziando come, dichiarata la nullità per difetto di forma di un contratto di finanziamento rotativo, il consumatore si venga a trovare, *ora* come *allora*, nella condizione preferenziale di una restituzione del solo capitale, senza nessun interesse, precipuamente allo scopo di sanzionare il professionista colpevole di aver dato causa alla nullità.

²⁸ V. Cass., sez. un., 17 settembre 2015, n. 18214, con nota di TRUBIANI, *La forma del contratto di locazione ad uso abitativo oltre il dualismo tra sostanza e prova*, in *Riv. giur. ed.*, 2016, I, 215 ss., decretante una rilevabilità officiosa disapplicata quando la violazione del precetto fosse imputabile in via esclusiva alla pretesa illecita del locatore.

²⁹ Così SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit. 212.

³⁰ V., per tutti, LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019, 31 ss. e, pur se con una diversità (in più luoghi) di intonazione, G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, NAPOLI, 2015, 93 ss.

altri³¹, si mostra in verità proficua più di altre a scrutinare la sorte, nel tempo presente, delle fideiussioni *omnibus* stipulate a valle ricalcando un modello ABI bollato, nel 2005, come un'intesa restrittiva della concorrenza (art. 2, comma 2, lett. a), l. 287/1990). Anziché ridurre la questione ad un conflitto tra le Corti, con Cass. 29810/2017 che contempla una nullità disattesa viceversa da Cass. 24044/2019, incline invece ad ammettere il solo risarcimento dei danni per il fideiussore danneggiato³², appare non a caso più realistico un approccio che, com'è stato incisivamente rilevato³³, ne fa un problema di esercizio mirato del canone di un *distingue frequenter* preso sul serio. È evidente infatti che una nullità parziale, se si mostra pertinente quando la clausola «partecipi alla strategia escludente e/o anticoncorrenziale»³⁴, *sporge* invece allorché o il contraente a valle, nonostante l'esistenza di un cartello sul prezzo, non abbia subito alcun danno ovvero ne lamenti uno che una parziarietà dell'effetto ablativo, se per es. il contratto *medio tempore* ha esaurito i suoi effetti e le restituzioni sono precluse, non curerebbe³⁵, donde qui il delinarsi *esclusivamente* di una tutela risarcitoria nei riguardi di chi abbia partecipato all'intesa. Dopo di che, ai fini di un'autentica effettività della tutela, vien da sé che la variabile, ai sensi dell'art. 1419, comma 1, c.c., di una nullità dell'intero contratto potrà darsi soltanto laddove risulti l'essenzialità funzionale della parte di contratto caducata. È lapalissiano invece, come nelle due fattispecie decise dalla Cassazione, che una pura soppressione delle clausole illecite può talora mostrarsi pienamente utile allo scopo, se è vero che l'espunzione qui tanto della deroga al termine decadenziale dell'art. 1957 c.c. che di una reviviscenza della garanzia, per il caso specifico (notiamo) di una revocatoria fallimentare del pagamento effettuato dal debitore principale, fa sì che *hic et nunc* si restauri la pratica concorrenziale «di non inserire», nelle fideiussioni, «il tipo di clausole», aggravanti va da sé la condizione del

fideiussore rispetto a quanto previsto dal diritto comune, «convenute nell'intesa»³⁶.

Quindi, potremmo così osservare, ci sono in realtà *tanti* rimedi *quante* sono le varianti fattuali registrabili, considerando poi che neppure è da escludere che un'intesa vietata stilizzi a sua volta un abuso di dipendenza economica (art. 9, l. 192/1998) o una posizione dominante collettiva di sfruttamento (art. 3, l. 287/1990), donde il prodursi di un illecito che, intercettando almeno altre due fattispecie, esita perciò in un *concorso* di regimi normativi. E qui poi, come si sa³⁷, il ventaglio dei rimedi è riarticolabile secondo delle modularità che possono pure mostrarsi *equivalenti*: in termini di risultato non corre, in effetti, una qualche differenza tra il concepire una nullità parziale ex art. 1419, comma 1, c.c. abbinandola ad una restituzione del *surplus* a titolo di indebito, il maneggiare l'art. 1339 c.c. praticando una sostituzione a guisa di un *als ob* ovvero l'azionare un risarcimento dei danni quantificato nel solo differenziale tra prezzo concorrenziale e quello abusivamente imposto. È pure vero però che la suddetta equivalenza non è una *costante*: in specie quando si tratti di clausole normative come quella, non a caso ricordata dalla dottrina più attenta³⁸, di un'esclusiva per una durata superiore a quanto normalmente convenuto all'interno di mercati concorrenziali.

Ecco allora, si dirà, di nuovo il profilarsi di una molteplicità incipiente, operante in luogo di un'asfittica unità: il che, riducendo il discorso all'essenziale, di per sé nulla ha di stupefacente. È tipico infatti, nel senso che le è consustanziale, della ragionevolezza non esaurirsi in una «definita positività»³⁹. Residua però il fatto che rimane problematico quanto sia modulabile sia in intensità che in estensione questo riequilibrio giudiziale: che, quando esce dal perimetro dispositivo ed entra nel territorio di un'auto-integrazione, cioè di una conformazione giudiziale della regola pattizia nel modo in cui l'avrebbero convenuta delle parti negozianti *ex fide bona*, suscita ancora forti riserve di natura tecnica e, prima ancora, ideologica⁴⁰. Il fatto però è che, se «la tecnica sia adeguata allo

³¹ V. BASTIANON, *La fideiussione omnibus e la responsabilità della banca tra illeciti antitrust "a monte" e contratti "a valle"*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 694 ss.

³² Vedile rispettivamente in *Corr. giur.*, 2018, 1063 ss. ed in *Giur. it.*, 2020, I, 358 ss.

³³ Da M. MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 415 ss.

³⁴ Così MAUGERI, *op. ult. cit.* 416.

³⁵ Se, tecnicamente, la prima fattispecie evoca la figura di un contratto a valle che non è un *Ausführungsvertrag*, in quanto non ha concorso al prodursi dell'illecito anticoncorrenziale, la seconda prefigura il caso di un contratto a valle che, isolatamente inteso, non è sufficiente a ritualizzare una forma di lesione della concorrenza.

³⁶ V. MAUGERI, *op. loc. ult. cit.*

³⁷ Per una ricapitolazione serrata che fa il punto sull'intrigata vicenda v., per tutti, LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle"*. *Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 378 ss.

³⁸ V. MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, cit. 417.

³⁹ Così LIPARI, *Diritto civile e ragione*, cit. 32.

⁴⁰ Ne è un esempio, da ultimo, la pagina di DELFINI, *Norme dispositive e determinazione del contenuto del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, I, 547 ss., spec. 565 ss.



scopo è altro ordine di valutazione»⁴¹: mentre, per contro, è *in re ipsa* che la capacità selettiva della ragionevolezza offre un qualche ancoraggio ad un ambito, così irrequieto e relativizzato⁴², da apparire sempre più come un'esperienza punteggiata da una multiforme applicazione di *regole e prassi* concorrenti. Cass. 19 febbraio 2020, n. 4175⁴³, che rinnova la nullità, rilevabile pure d'ufficio in Cassazione ex art. 101, § 2 TFUE, della fideiussione frutto di un'intesa anticoncorrenziale, è al riguardo di un'evidenza sintomatica che parla da sé. Se infatti, *contro* la disciplina del tipo, si aggrava la condizione del fideiussore trasformandolo in un garante autonomo, la nullità assoluta diventa il grimaldello per ripristinare quella *contrattualità* della deroga al diritto dispositivo che, nella cifra assiologica dell'art. 1322, comma 1, c.c. è non soltanto *bilaterale* ma pure espressione di un negoziare "liberamente". Il problema, rimasto sottotraccia, è semmai il seguente: esportando l'art. 1374 c.c. nell'area dei contratti asimmetrici, lo si carica di problemi *nuovi*, nel senso di *estranei* al diritto comune, con il risultato di insufflarvi delle *rationes* settoriali così specifiche spesso da risultare fisiologicamente idonee a mutarne la fisionomia. Ora, se così è, non può pensarsi, detto sinteticamente, di maneggiare l'art. 1374 dando per buono che una sua interpretazione assiologicamente orientata sia sufficiente a normalizzare quanto di problematizzante scaturisce dal servirsene «caso per caso» quale «norma imperativa di diritto comune»⁴⁴. Insomma l'equivoco abbacinante risiede, con tutta probabilità, nella circostanza che, se l'art. 1374 viene letto come un disposto che si ramifica settorialmente, ha poi dell'illusorio ritenere

che una siffatta espansione avvenga mantenendo intatta la "purezza" originaria della norma.

5. Intermezzo

Fin qui un terzetto di questioni che, non foss'altro per ragioni di pulizia concettuale, ogni studioso delle nullità deve scandagliare per non esporsi alla critica di restare altrimenti intrappolato in un sistema giuridico chiuso e/o autoreferenziale⁴⁵. D'ora in avanti ci eserciteremo invece in una breve rassegna di aggiornamento da intendere, visto quanto è bulimico l'evolversi del diritto vivente interno ed europeo, come un tentativo grezzo di scrutinare se l'idea di una comunità interpretativa stabilizzante è un *atout* sparigliante o se, al netto della suggestione evocata all'Ascarelli maniera⁴⁶, siamo ancora dalle parti di una sofisticata illusione. Com'è diremmo nell'ordine delle cose, la disamina avrà due epicentri: il flettersi del "di protezione" al materializzarsi di una *chicane* speculativa e l'accrescersi di un intervento positivo del giudice per rimediare alla situazione di disuguaglianza tra professionista e consumatore. Per fare progredire il discorso è necessario ingegnarsi su questi due aspetti che, lungi da una declinazione separata, sono in realtà classificabili come due facce della stessa medaglia. Se la prima questione infatti ci restituisce l'immagine di una nullità sì *satisfattiva* ma, anziché secondo il massimo effetto utile⁴⁷, *a misura di legge*, la seconda fa da paratia ad introiettare nel discorso la *novitas* di una giustizia inclusiva che, contrariamente ai suoi intendimenti, dà nuova linfa al costruito sperimentato di una *consumer protection* dissuasiva non in chiave personalistica quanto e piuttosto per debellare condotte impastoianti la razionalità di un mercato concorrenziale.

6. Il "secondo tempo" della Cassazione sulle nullità selettive e gli equivoci di un concettualismo dottrinale d'antan

Specificando il principio di diritto enunciato dalle S.U. 28314/2019, Cass. 3 giugno 2020, n.

⁴¹ Così SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit. 223 e, in sintonia, G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 84 ss.

⁴² V. Cass. 23 aprile 2020, n. 8117 che, in tema *claims made*, decide in senso opposto da quanto statuito da Cass. 8894/2020, cit..

⁴³ Consultabile in *Dejure*. Per altro qui la Cassazione si esprime nel senso che *inammissibile*, semmai, è una *nuda* eccezione di nullità, sollevata per la prima volta in Cassazione, che non si abbini alla deduzione di contestazioni effettuate in precedenza. Siamo, perciò, dalle parti di una nullità derivata che non viene denegata *in sé* ma in quanto *non* sussistano gli elementi necessari per poterla rilevare sulla base di dati fattuali già acquisiti e, nel rispetto del contraddittorio. Per il resto, con riguardo specifico all'interpretazione che la S.C. ivi fornisce dell'art. 345, comma 2, c.p.c., viene spontaneo osservare che è una sentenza iterativa di quanto già statuito dalle decisioni gemelle del 2014.

⁴⁴ Così, intuendolo da par suo, PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit. 208, nt. 43.

⁴⁵ Lucidissimo, al riguardo, VETTORI, *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali X*, Milano, 2017, 386 s.. È un'illusione ottica alla quale si sottrae recisamente G. PERLINGIERI, *Portalìs e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli, 2018, 70 ss.

⁴⁶ V. la classica *Premessa a Problemi giuridici*, Milano, 1959, VI s.

⁴⁷ Così PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, cit. 205.

10505 ha disposto che, laddove l'intermediario opponga l'eccezione di buona fede per paralizzare o circoscrivere, nei limiti dell'utilità complessiva tratta dall'esecuzione di un contratto – quadro nullo, un uso selettivo dell'azione di nullità promossa dall'investitore, “le cedole *medio tempore* rimosse [da quest'ultimo]” non rilevano da indebito né come frutti civili ai sensi degli artt. 820 e 2033 c.c., fungendo soltanto da “limite quantitativo all'efficace esperimento della domanda di indebito esperita dall'investitore” (§ 3.4).

Dunque, come ci era capitato di segnalare altrove, l'*exceptio* definisce la misura di un credito restitutorio unilaterale, con una disciplina dell'indebito che subisce un effetto *conformativo* quando il “di protezione” si abbini ad un contratto nullo eseguito. Il genitivo, per la S.C., non è un *a priori* ma va temperato, leggiamo, da un “obbligo di lealtà dell'investitore in funzione di garanzia per l'intermediario che abbia correttamente assunto le informazioni necessarie a determinare il profilo soggettivo del cliente ...” (§ 3.3.)⁴⁸. Insomma, qui sta una caducazione restitutoria che, a farla operare in purezza, è *bilateralmente inappropriata*.

Come i capitoli a seguire evidenzieranno, è una notazione di prepotente impatto, considerando che l'approntare un diverso regime restitutorio corre lungo una linea che, riscoprendo l'effettiva bilateralità della buona fede, maneggia in pari tempo la slealtà da limite negativo allo svolgersi del “sistema di protezione del cliente” (§ 3.3.).

Con una punta di malizia, ci verrebbe perciò da osservare che, se entro il limite del pregiudizio l'azione di nullità non contrasta con il principio di buona fede, allora il nostro dire, quando insisteva sul (mutato) rapporto innestatosi tra nullità ed ingiustificato sacrificio economico, onde va da sé impedire che la prima tracimi innescando così degli “effetti distorsivi ed estranei alla *ratio riequilibratrice*” (§ 3.3.), non soffriva affatto, come invece ci è stato di recente ribattuto⁴⁹, del difetto di provare troppo. In realtà riemerge qui prepotentemente quella connessione tra “di protezione” e “fatto”, all'insegna di una condizione del singolo investitore che non ricalca quella *deteriore* assunta dalla legge come basamento della tutela, da riguardarsi come preordinata a tracciare

⁴⁸ Esempio, al riguardo, VETTORI, *Nullità selettive e “riequilibrio effettivo”. L'evoluzione della buona fede*, in *Persona e mercato*, 2019, fasc. 4, 22 laddove scrive di una buona fede «come strumento capace di assicurare la tutela adeguata alla lesione subita e di porre un limite allo statuto soggettivo di debolezza» (c.vo aggiunto).

⁴⁹ Da GIROLAMI, *Ragioni economiche del settore bancario – finanziario e funzione nomofilattica della cassazione*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 565 ss., spec. 587, nt. 45.

un punto di equilibrio neutralizzante lo iato che un applicarsi della norma invece comporterebbe a motivo «dei rapporti di fatto sottostanti [alla vicenda dedotta in giudizio]»⁵⁰. Dunque, diremmo, nell'approntare un diritto restitutorio disuguale ad aleggiare è pure un problema di giustizia sostanziale o, detto alla Kaufmann maniera⁵¹, di una legge e di un diritto che le Corti non percepiscono più come degli equipollenti. Del resto un'eccezione di slealtà che scherma in tutto od in parte il *petitum* restitutorio dell'investitore, che cos'è se non un'applicazione del genitivo «differenziata in relazione alle peculiari condizioni del destinatario»?⁵² Calmierare *ex fide bona* la nullità protettiva, se da un lato esprime una rimedialità *manutentiva* schermante una sanzione che, nell'ordito del “di protezione” ha tutt'al più una valenza *cadetta*, significa dall'altro ripianare soprattutto una condotta speculativa «non in sede enunciativa ma applicativa»⁵³. Anche infatti a ritenere che la buona fede delle S.U. non sia quella *in executivis* dell'art. 1375 c.c. bensì uno stratagemma argomentativo⁵⁴, come si fa, ci (ri)domandiamo, ad assimilare

⁵⁰ Così LIPARI, *Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, cit. 544.

⁵¹ In *Gesetz und Recht*, in *Rechtphilosophie im Wandel Stationen eines Weges*, 1977, Athenäum-Verlag, Frankfurt a. M., 157 ove il rilievo che la legge «è una norma generale per la molteplicità dei casi possibili, il diritto decide invece una situazione reale, qui ed ora».

⁵² Così LIPARI, *Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, cit. 545 che, non a caso, prosegue ragionando di una «previsione legislativa ... suscettibile di essere modulata in relazione alla situazione oggettiva del destinatario». E se ogni nullità di protezione, a rischio di banalizzare, è una previsione legislativa, il cerchio, diremmo, allora si chiude. Tanto così ci basta, detto di passata, per replicare a chi, pur intingendo la critica nella pregiata penna di Francesco Maria Piave, persevera nell'errore di concepire uno stato primigenio del “di protezione” che, ammesso sia mai esistito, è da almeno un lustro che si è volatilizzato. V., al riguardo, VETTORI, *Nullità selettive e “riequilibrio effettivo”. L'evoluzione della buona fede*, cit. 21 ss. Non sempre, notiamo, esercitando l'arte del togliere, si riporta il discorso all'essenziale. E, quando leggiamo se l'attuale «sia ancora il tempo della nullità di protezione, per come conosciuta» (così GRECO, *La nullità “selettiva” e un necessitato ripensamento del protezionismo consumeristico, in esito alla pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, 838) è, in realtà, al fantasma di una Violetta che, persino dopo aver esalato l'ultimo respiro, rimane tenacemente sul palco, che il nostro Alfredo, da un asintoto argomentativo ad un altro, mostra di voler prestare un'imperitura fedeltà.

⁵³ Cfr. LIPARI, *Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, cit. 537. Il che sfugge, invece, a DE MAURO, *Buona fede e invalidità: un binomio inedito*, in *Diritto del Risparmio - Osservatorio del diritto*, 6 aprile 2020, www.dirittodelrisparmio.it, fin troppo lapidario, a tacer d'altro, nel sostenere che le S.U. incappano in un cortocircuito.

⁵⁴ V. D'AMICO, *Il profilo “selettivo” del rimedio della nullità di protezione*, 4- 5 del manoscritto (letto in anteprima grazie alla cortesia amicale dell'a.).



l'investitore esperto che, fattosi scientemente beffe di una norma imperativa, ha lucrato nel tempo ingenti guadagni perdendo poi ben poco in proporzione (e magari per sopravvenienze imprevedibili) con la situazione fattuale dell'investitore inesperto e mal consigliato che abbia perso molto avendo concentrato, nell'acquisto andato *in default*, ben l'80% del proprio portafoglio? Per inciso, non è vero che una ripetibilità unilaterale del saldo negativo è equiparabile, come si vorrebbe, ad una legittimazione dell'intermediario a ripetere le somme guadagnate dall'investitore sleale: ove infatti costui abbia contezza di un maggior differenziale, lo conserverà ... sol che banalmente non opponga una nullità destinata, per l'appunto, a rivelarsi ... *sconveniente*.

Ma v'è di più.

Se una qualche succosa reminiscenza ad una siffatta narrazione già si incontrava nel fitto argomentare di *Messner* (C-489/07)⁵⁵, pioniera nel concettualizzare una clausola generale di buona quale norma imperativa comune che corregge uno *ius speciale* consumeristico deragliante, nel solco delle S.U., notiamo, è adesso pure l'ACF⁵⁶, incline ad ammettere una *paralisi*, totale o parziale, della protezione da bilanciare: segno, osserviamo, che una rideterminazione *in peius* del credito restitutorio, lungi dal palesarsi come un esito «peggiore del problema da risolvere “a monte”»⁵⁷, comunque serve ad evitare il risultato ingiusto di un investimento a *rischio zero* per il cliente⁵⁸. D'altronde, con un'eccezione dell'intermediario che, giova rimarcarlo, ha da essere specifica e circostanziata⁵⁹, il pericolo di un investitore beffato

due volte non è tarato, ci sembra, su di una esponenzialità crescente. Vien fatto semmai di domandarsi se, come riconosciuto dall'ACF⁶⁰, una parziale neutralizzazione della tutela si dia pure nell'ipotesi di un utilizzo selettivo della domanda risarcitoria, con una liquidazione del danno sì accordata ma secondo una logica c.d. di portafoglio, donde un risarcimento disposto detraendo nello stesso modo dal *quantum* le plusvalenze delle operazioni eseguite nel tempo. È evidente d'altra parte che, ad ammettere, ove non sia andata prescritta, una tutela risarcitoria selettiva potrebbe, in effetti, prodursi il risultato di anestetizzare il principio espresso dalle S.U. sol che, in luogo di una nullità, venisse dedotto dall'investitore deluso l'inadempimento, ad un obbligo informativo o di adeguatezza, dimidiante una sua piena consapevolezza dei rischi connessi agli investimenti realizzati⁶¹. *Tout se tient*, alla fine: e, se non si maneggia oculatamente l'eccezione, la variabile di una selettività che risorge dalle sue ceneri è emendabile va da sé soltanto per il medio di un rilievo officioso alla maniera delle S.U. del 2014.

Dopo di che, ecco la chiosa, se gioca un ruolo così cruciale, persino all'interprete più scettico dovrebbe riuscire persuasiva l'idea che, se ha prodotto nel tempo delle significative plusvalenze, un'attività di investimento decennale, quantunque l'intermediario sia incorso *medio tempore* nella violazione di regole di validità o di diligenza, non è, come invece ci si ostina a credere, derubricabile al rango di un accidente. Qui un *positivo apprezzamento* verso l'atto di esecuzione, in quanto ha prodotto un lucro per l'investitore, forte quanto basta ad evitare che si trasli sull'intermediario un danno che *non c'è*⁶², obliquamente si dà in quanto la si viene a far passare come provvista di una sufficiente giustificazione. Da un'altra specola può discorrersi di un mutato ruolo dell'*exceptio doli*⁶³,

sempre compito dell'intermediario *eccepire* tale circostanza, e se del caso, per paralizzare la pretesa restitutoria, almeno *allegare* che l'operatività complessiva eseguita sulla base del contratto nullo elide la perdita in questione” (c.vo aggiunto).

⁶⁰ V. ACF, 29 aprile 2020, n. 2517, recitante di un intermediario ammesso ad opporre un'eccezione definita, nel solco delle S.U., di buona fede onde rideterminare la misura del risarcimento dovuto all'investitore.

⁶¹ Prendendo spunto dalla vicenda decisa dall'ACF 2517, non è da scartare l'eventualità che l'investitore batta la via di una non corretta rilevazione del profilo, deducendo che, “secondo il principio del più probabile che non, in presenza di diverse informazioni e di una valutazione di inadeguatezza delle operazioni, [costui] si sarebbe astenut[o] dal darvi esecuzione”.

⁶² Ovvero è esistente ma in una percentuale minore.

⁶³ Acutamente è ADDIS, *Brevi note sul festeggiato e su una particolare tecnica di attuazione del diritto (la “riconduzione a condizioni conformi”)*, cit. 372, a cogliere il *proprium* di un'efficacia preclusiva che, leggiamo, «permetterebbe di

⁵⁵ CGUE, 3 settembre 2009, non a caso recitante di un consumatore recedente tenuto al “pagamento di un'indennità per l'uso di tale bene nel caso in cui egli abbia fatto uso del detto bene in un modo incompatibile con i principi del diritto civile, quali la buona fede o l'arricchimento senza giusta causa”. Avevamo provato ad abbozzare questo ruolo correttivo della buona fede in PAGLIANTINI, *La forma informativa degli scambi senza accordo: l'indennità d'uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 281 ss.

⁵⁶ V. ACF, 8 gennaio 2020, n. 2127 ed ACF, 2 marzo 2020, n. 2297 ove, non a caso, si legge di un intermediario resistente che non aveva “contestato che la somma richiesta dalla ricorrente (pari a € 155.295,54) [fosse] pari al saldo tra flussi attivi e passivi generati dal contratto nullo, e quindi ten[esse] già conto dei flussi attivi incassati dalla ricorrente”.

⁵⁷ Così GRECO, *La nullità “selettiva” e un necessitato ripensamento del protezionismo consumeristico, in esito alla pronuncia delle Sezioni Unite*, cit. 846.

⁵⁸ Con il che, ci sembra, possono pararsi le obiezioni, mosse da una raffinata dottrina, sulla maniera con cui conteggiare la somma ripetibile, se in maniera proporzionale ovvero utilizzando un criterio cronologico: v. D'AMICO, *Il profilo “selettivo” del rimedio della nullità di protezione*, cit. 8.

⁵⁹ V. ACF, 27 marzo 2020, n. 2393, ove significativamente si legge che “secondo l'impostazione delle Sezioni Unite, nelle ipotesi di uso selettivo della nullità del contratto quadro è pur



non costitutiva ma preclusiva della pretesa altrui⁶⁴, il cui operare tende ad ampliarsi se viene commisurato ad una scorrettezza piuttosto che ad una illiceità. La diversità di specola, esaltante il ruolo di una buona fede che *si innova* perché alla coppia risarcimento – inesigibilità associa il rimodellamento dei «rimedi restitutori»⁶⁵, esprime senz'altro un diverso modo di scrutare ma, va da sé, non spaventa: il risultato infatti, nello specifico, non cambia, mentre cambierebbe, ed assai, se fosse vero, come taluni critici delle S.U. sostengono⁶⁶, che il *dictum*, oltre ad essere declinato in chiave giusrealistica, *deraglia* da un'interpretazione europeisticamente conforme visto che, nella giurisprudenza della CGUE, è dominante il tratto di uno statuto forte del “di protezione” onde ottimizzare l'efficacia deterrente del rimedio. Ergo un intermediario, che possa ripetere o calmierare il debito restitutorio con un'eccezione paralizzante, andrebbe così a far scemare l'effettività della protezione, disincentivando per riflesso pure una spontanea osservanza ad opera del professionista dell'art. 23 TUF.

Orbene, la replica ad una siffatta critica, senz'altro la più insinuante tra quelle messe in campo, ci piace trarla dalla constatazione intrecciata che una nullità selettiva in purezza sarebbe vistosamente espressione di una *overprotection* dischiudente un'indiscriminata espansione della funzione sanzionatoria il cui trapasso, dal *b2c* al mercato finanziario, è però tutto da appurare che sia acconcio. Ma poi, ed ecco il secondo argomento dirimente, quella della Corte è una giurisprudenza dove *deterrenza* e *bilanciamento* in realtà coesistono: sicché la deduzione opposta, di una selettività pura quale interpretazione orientata al diritto europolitano, è tutta da verificare. Anzi, *Dziubak* e *Raiffesen Bank*, a tacer d'altro, ci sembra che la smentiscano, come vedremo nei prossimi capitoli, apertamente. Non è poi forse vero, d'altra parte, che mai la CGUE ha sentenziato di una nullità dell'intero contratto quando risponda all'interesse del consumatore a favore del quale sia stata disposta la comminatoria? Quindi, da questo cono visivo, più dubbi che certezze.

Dopo di che, rinviando naturalmente al proseguo per un'analisi più dettagliata, ci pare improprio parlare di S.U. salomoniche se l'aggettivo sta ad

limitare l'impiego di *tecniche meramente recuperatorie*», (c.v.o aggiunto).

⁶⁴ V. ADDIS, *La “riconduzione a condizioni difformi” del contratto non negoziato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2020, I, 43 ss.

⁶⁵ Così VETTORI, *Nullità selettive e “riequilibrio effettivo”*. *L'evoluzione della buona fede*, cit. 29.

⁶⁶ Esemplarmente rappresentati da D'AMICO, *Il profilo “selettivo” del rimedio della nullità di protezione*, cit. 12.

indicare che il loro recitativo bypassa ogni prospettiva normativistica⁶⁷. Il discorso, e lo vedremo, è più complesso e la peculiarità del caso, per quanto innegabile⁶⁸, non deve obnubilare quanto di costruttivo v'è in una decisione il cui respiro europeo, come ci accingiamo ad evidenziare, è incontrovertibile.

7. La “fucina” creativa della CGUE (e dei giudici del rinvio): dal mito di un art. 1374 quale norma preclusiva ai nova di una giustizia inclusiva unitamente al binomio Lintner - Kancelaria Medius SA

Dopo, ed a dispetto di *SC Banca Transilvania SA* (C-81/19), ecco il rinvio pregiudiziale C-243/20 (*DP* ed *SG* c. *Trapeza Peiraios AE*): che, non foss'altro per le molte opacità inficianti il periodare di una Corte mostratasi nel caso rumeno insolitamente stringata, dovrebbe indurre ad una riflessione, se non scopertamente critica, almeno pensosa.

L'occasione è offerta dall'ennesimo caso di un mutuo espresso in valuta estera⁶⁹, qui sottoscritto da due consumatori greci rinegoziando un mutuo immobiliare, inizialmente espresso in euro ed a tasso variabile, con un quesito che viene formulato in una maniera alquanto suggestiva: siccome l'art. 8 della dir. 93/13 contempla la facoltà di ogni Stato membro di innalzare il livello di protezione del consumatore, nella deroga *in melius* può includersi l'art. 1, § 2, assoggettando così al sindacato di vessatorietà pure le clausole riproduttive di previsioni “legislative o regolamentari di diritto

⁶⁷ Con il rischio, a seguire la fine impostazione di IRTI, *Sulla relazione logica di conformità (precedente e susseguente)*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, I, 1542 s., che, in quanto sentenza basata su dei valori, non sarebbe catalogabile quale precedente a motivo di uno spiccato carattere di «irripetibilità».

⁶⁸ In effetti, nella vicenda dedotta in giudizio, la nullità denunciata dall'investitore era quella di un contratto monofirma, perché carente della sottoscrizione dell'intermediario, passata in giudicato nelle due fasi di merito. Orbene, è vero che le S.U. del 2018 hanno sentenziato la validità di un siffatto contratto: ma la preclusione processuale formatasi impediva di riesaminare la (non nullità) del contratto – quadro. Tecnicamente, quindi, se il giudicato non si fosse formato, l'investitore non avrebbe beneficiato di una qualche tutela restitutoria, ben potendo la S.C. rigettare l'impugnativa. La singolarità della vicenda non ci pare però che vada enfatizzata, se non si vuole virare nel paradosso di derubricare il disposto delle S.U. ad una decisione che «rifiuta qualsiasi confronto ed esclude qualsiasi relazione di conformità»: così IRTI, *op. ult. cit.* 1543.

⁶⁹ Su cui, da ultimo, v. VALLETTA, *Finanziamenti in valuta estera: l'omessa indicazione del tasso di cambio nel contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, 20 ss., con una fitta ricognizione bibliografica.



imperativo o suppletivo” ? Più avanti vedremo come l’immunità derivata da una norma dispositiva non è, contrariamente a quanto asserito da una *communis opinio* alquanto recalcitrante, un *automatismo* bensì un’essenzione di tipo *condizionale*⁷⁰: qui intanto ci preme rilevare che pure l’art. 291 del codice civile greco reitera il principio nominalistico. Di conseguenza, se la clausola sul rischio di cambio fosse confezionata ricalcando una norma siffatta, pur sempre si darebbe un significativo squilibrio in danno di un consumatore, per inciso ivi non informato adeguatamente sul costo complessivo del contratto rinegoziato. Perché, diremmo, quando il diritto dispositivo sia *inadeguato*, non sperimentare allora, in sua vece, delle regole duttili di conio giurisprudenziale ?

L’originalità della vicenda risiede, notiamo, nella circostanza che, alla lettera, il diritto derivato greco non contempla l’art. 1, § 2 anche se la S.C. greca, con una decisione resa a maggioranza (n. 4/2019), ha reputato che possa ragionarsi di una sua adozione indiretta, dedotta in conformità ai (recepti) artt. 3, § 1 e 4, § 1, dir. 93/13. Il giudice del rinvio è quindi alla *dissenting opinion* di minoranza, corposamente emersa in seno all’*Areios Pagos* riunito in seduta plenaria, che si appella, mostrandosi, insieme a questa, incline a ritenere che non possa configurarsi una recezione indiretta *ope interpretationis* sul presupposto che se “il legislatore nazionale avesse voluto [trasporre l’art. 1, § 2], lo avrebbe fatto in modo specifico e esplicito” (§ 15). È un ragionamento stringente ma, se vogliamo, pure capzioso: se, leggiamo, l’art. 1, § 2 non è stato trasposto *testualmente*, contemplare un’immunità implicherebbe, interpretando *contra legem* il diritto derivato nazionale, una *disapplicazione* in presa diretta dell’art. 8 dir. 93/13. Ora, la capziosità, notiamo, consiste nel ritenere che un sindacato generale di vessatorietà ivi si dia soltanto a configurare il *darsi* di una deroga nazionale *più rigorosa* ad un’armonizzazione pacificamente parziale e di contenuto minimo, una “possibilità”, rileggiamo, che invece non esisterebbe nell’ipotesi in cui tale eccezione potesse essere considerata effettivamente incorporata nel diritto greco a livello interpretativo” (§ 16). Senza voler proletticamente esporre il nostro pensiero, vien fatto già qui di osservare che la bipolarizzazione prospettata omette invero di considerare che la “giustizia” del diritto dispositivo

è sì da presumersi ma *iuris tantum*: di talché, ove dovesse appurarsi che la singola norma suppletiva equilibrata *non* lo è, in quanto ritualizza un assetto a vantaggio del professionista, cadrebbe pure la ragione di un’immunità da ravvisarsi non in astratto bensì *in concreto*. Dopo di che, se non vale ad immunizzare, la medesima norma neanche però andrebbe maneggiata da unico imperativo di secondo grado comandato ad emendare, ai sensi dell’art. 1374 c.c., una lacuna essenziale sopravvenuta⁷¹: il che, come sappiamo, rimane invece una costante inossidabile per chi reputa che l’art. 1374 continui a stare quale *norma preclusiva*, ostativa nel senso etimologico del termine a che delle fonti sub-primarie integrino il contratto senza un’espressa previsione editale primaria⁷².

Dopo di che, come vedremo, la crepa che inficia l’impalcatura argomentativa della CGUE non risiede tanto nell’aver coniato, quando il contratto mutilato sia autosufficiente, una *nullità pura deterrente*⁷³: è piuttosto una crepa che intanto muove da un’omissione irragionevole, perché allora, ci verrebbe da dire, pretermettere il caso di un *surplus* di deterrenza conseguente ad un’integrazione dispositiva *più favorevole* al consumatore ?, ed approda ad un paradosso tanto esiziale che esemplare, perché, (ri)notiamo, affidare al solo diritto dispositivo, che non a caso può pure rivelarsi *in danno* del consumatore, la *vis* esclusiva di scacciare una nullità totale sconveniente ?⁷⁴ L’immagine di un diritto dispositivo nazionale, quale luogo di «attualizzazione normativa dell’equità contrattuale»⁷⁵, esprime in realtà una visione neopositivistica che, riconnettendo la generalità soggettivistica della norma suppletiva al principio di eguaglianza formale, ne esclude in radice un’irragionevolezza, trascurando così di riflettere sul fatto che è proprio lo *status* di

⁷¹ Sintomatica, da ultimo, la pagina di DELFINI, *Norme dispositive e determinazione del contenuto del contratto*, cit. 567 che, non a caso, discorre di norme dispositive restanti *efficaci* quando si abbia una «predisposizione unilaterale difforme».

⁷² Il fascino di una siffatta impostazione ha dell’endemico nella pur elegante ricostruzione di AZARA, *Fonti sub-primarie e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2020, 194 ss. e nelle fitte pagine ricostruttive di BACHELET, *Abuso di dipendenza economica e squilibrio nei contratti tra imprese*, cit. 302 ss.

⁷³ Opposto è l’avviso di D’ADDA, *Enzo Roppo e le stagioni dell’integrazione del contratto*, cit. 48.

⁷⁴ Come sostenuto, per stare alla ricostruzione più rigorosa di una derogabilità del diritto dispositivo *condizionata* allorché unilaterale sia la determinazione del contenuto contrattuale, da D’AMICO, *L’integrazione (cogente) del contratto a mezzo del diritto dispositivo*, in *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, a cura di D’Amico e Pagliantini, Torino, 2013, 222 s., 244 s. e 248.

⁷⁵ Così DELFINI, *Norme dispositive e determinazione del contenuto del contratto*, cit. 567, nt. 40.

⁷⁰ V., nel capitolo secondo, la coppia di saggi *What is european in european private law ? (a partire da CGUE - Grande Sezione, Gómez del Moral Guasch c. Bankia SA e dintorni)* e *La direttiva 93/13 nelle sentenze di Santa Veronica*, rispettivamente ss. e ss.

contraente debole, detto ellitticamente, a giustificare una *disparità di trattamento*⁷⁶. Ciò, naturalmente, non vuol significare che non si abbia un diritto dispositivo quale luogo di oggettivazione di un criterio di giustizia distributiva: è che una siffatta immagine, come intuito dalla dottrina più avvertita⁷⁷, riproduce soltanto *una* delle anime in cui si scompone un plesso normativo pure ampiamente innervato da un fine concorrente di espansione della razionalità mercantile.

In un contesto siffatto, ragionare perciò di una CGUE che, siccome non ha talora escluso, pur al cospetto di norme nazionali di integrazione sostitutiva, la vessatorietà del rischio di cambio (*OTP Bank*, C-51/17)⁷⁸, allora pilota un obiettivo generale di *access justice*⁷⁹, se da un lato è sottilmente intrigante, dall'altro mostra però i panni di un *nuovo*, magari affiorante in filigrana come obiettivo della giustizia contrattuale europea⁸⁰, ma allo stato (diremmo) sunteggiabile in non più di un abbozzo ancora *in fieri*.

Di una giustizia inclusiva, quale recupero al mercato del maggior numero possibile di contraenti deboli, onde far sì che, per riflesso, venga ad ottimizzarsi il benessere sociale, diventa invero problematico discorrere nel momento in cui, anticipiamo così la nostra idea, si massimizza, senza calarlo nella singola fattispecie concreta, il ruolo di un diritto dispositivo a guisa di un arsenale sostitutivo monopolizzante. Pure a non volerle etichettare come altrettante evidenze di un'efficienza *market oriented*, *OTP Bank Nyrt* e *Zsuzsanna Dunai, Dziubak* e *SC Banca Transilvania SA*, non sono, come vedremo, il

manifesto di un sistema rimediale calibrato a garantire la «massima giustizia del singolo contratto»⁸¹. Giustizia del singolo contratto ed effetto deterrente non sono infatti un binomio che la «dottrina» della Corte mostri di maneggiare sempre con oculatezza⁸². In realtà, senza uno statuto restitutorio premiale per la *weaker party*⁸³, la nullità dell'intero contratto continua invero ad essere un'opzione ridondante a vantaggio dell'impresa: con il risultato che, accantonato ogni effetto di gestione correttiva del contratto, tramonta pure in pari tempo il proposito di impedire quell'espulsione dal mercato vanificante, diremmo, ogni «effetto redistributivo generale»⁸⁴. Vien fatto poi, provocatoriamente, di chiedersi: ma davvero una giustizia inclusiva la si pratica riconoscendo alla nullità una *funzione punitiva* quando, a livello di legislazione europea⁸⁵, una siffatta vocazione neanche è stata riconosciuta al risarcimento del danno *antitrust*? Vero che la finalità di tutela individuale, è così che chiosiamo sul punto, è parametrata su di uno «scopo esterno»⁸⁶: ma ogni maggiore dissuasività, ammesso che recuperi allo scambio, lo fa pur sempre in un'ottica di efficienza concorrenziale.

E non solo.

In realtà, più che a favore di una giustizia inclusiva, ci sembra ([ri]diremmo) che il cerchio si stia piuttosto stringendo intorno ad un *test* giurisdizionalizzato di ragionevolezza investigante il tasso di satisfattività insito nel sistema delle tutele nazionali: le quali, pur se vengono rivisitate dalla CGUE in ordine sparso⁸⁷, si smarcano da una visione atomizzata, con un ordinamento processuale

⁷⁶ Come prontamente intuito da NICOLUSSI, *I consumatori*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, a cura di Nivarra, Milano, 2008, 422 ove si legge che «derogare all'egualitarismo formale qualificando soggettivamente una disciplina ... significa ... applicare il secondo comma dell'art. 3 [Cost.]».

⁷⁷ V., in luogo di tanti, DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, Milano, 2002, I, 504 ss.; D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 1 ss. e, già prima, P. PERLINGIERI, *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle c.d. condizioni generali di contratto*, ora in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, 299 s.

⁷⁸ CGUE, 18 settembre 2018.

⁷⁹ Così NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, cit. 265.

⁸⁰ Le cui epifanie edittali può convenirsi che siano l'art. 8 *ter* della 93/13, introdotto dalla dir. 2019/2161, e la disciplina sui consumatori «vulnerabili» tipizzata fin dalla dir. 2005/29. Se la prima infatti, nella cornice della negoziazione tramite *e-commerce* e piattaforma contempla la comminatoria di «sanzioni pecuniarie», naturalmente effettive, proporzionate e dissuasive, a carico dei professionisti «responsabili di infrazioni diffuse o di infrazioni diffuse aventi una dimensione unionale», la seconda formalizza, a sua volta, una figura edittalmente regolata, in attuazione della dir. 2014/92, dal d. lgs. n. 37/17. V. NAVARRETTA, *op. ult. cit.* 266, nt. 57.

⁸¹ Cfr. NAVARRETTA, *op. ult. cit.* 266.

⁸² Donde il dubbio che non sia vero che «la massima tutela del consumatore e la regolamentazione del mercato non confliggono mai»: così invece NAVARRETTA, *op. ult. cit.* 271.

⁸³ Quello sì riguardabile come un *addendum* che perfezionerebbe l'immagine di una giustizia c.d. inclusiva nel senso per primo suggerito da MICKLITZ, *Politics of Justice in European Private Law*, Cambridge, 2018, 19 e 22 s. Come nota da par suo LIPARI, *Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, cit. 536 s., pure il paradigma astratto di consumatore è insufficiente senza il *fatto*, laddove cioè non «si valut[ino] in concreto le condizioni del soggetto che ne risulta investito».

⁸⁴ Così NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, cit. 261.

⁸⁵ Come ci rammenta MAUGERI, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, cit. 417.

⁸⁶ Così PLAIA, *Profili evolutivi della tutela contrattuale*, cit. 211.

⁸⁷ V., al riguardo, le ficcanti osservazioni di CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto ed effettività della tutela giurisdizionale: a proposito di due recenti rinvii pregiudiziali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, in corso di stampa e di MAZZAMUTO, *Osservazioni sui poteri del giudice francese e di quello italiano*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 173 ss.

domestico che si va così cadenzando in una maniera sempre più ibrida. Nella sua essenzialità⁸⁸, il dispositivo, fin troppo negletto in verità, di *Kancelaria Medius SA* (C-495/19), certifica invero quanto ormai l'autonomia processuale degli Stati membri si eclissi ogni qual volta affidi la protezione a norme di rito le cui caratteristiche specifiche risultino idonee a pregiudicare un livello di tutela consumeristica che, da *minimo*, si è in realtà, nell'ultimo lustro, attestato sul grado *più elevato* imposto dalla CGUE traghettando, qui sta il punto, l'*adeguatezza rimediabile* dell'art. 7 dir. 93/13 in quell'*effettività dei diritti* garantita dall'innesto, nell'ordinamento unionale, dell'art. 47 CDFUE⁸⁹. È, non a caso, da questo *mix* che trae adesso origine il principio per cui una *contumacia volontaria*, quando convenuto sia un consumatore, *non impedisce* l'esercizio officioso di poteri istruttori allorché il giudice nutra dei dubbi sull'abusività delle clausole fondanti la pretesa del professionista (*Kancelaria Medius SA*, § 52). Come si legge al § 46 della motivazione, se si dovessero considerare veritiere *iuris et de iure* le affermazioni fattuali del professionista, l'intervento positivo del giudice, "richiesto dalla direttiva 93/13 per i contratti che rientrano nel suo ambito di applicazione, risulterebbe vanificato".

È il suddetto un dispositivo che muove dall'assunto, come *Profi Credit Polska* (C-419/18 e C-483/18, § 64) ha ben messo in forma⁹⁰, che non può esercitarsi alcun rilievo officioso, subordinato questo com'è al disporre degli elementi fattuali e di diritto utili, se il giudice non dispone del contratto di credito al consumo: ed in *Kancelaria Medius SA* agli atti, *cave !*, figurava la *sola copia* di un contratto quadro utilizzata dal professionista ricorrente. Il che notiamo, se ha del vero, implica però il riconoscere che viene così allestita un'istruzione officiosa riconnessa ad una scienza privata del giudice⁹¹: con il risultato che,

tecnicamente, è come se la CGUE, ammettendo richieste di chiarimenti o di prove documentali, stesse traghettando l'*obbligatorietà* del rilevare all'attività di acquisizione prodromica di quanto occorre per farlo⁹². Se il fine è quello di appurare il rispetto dei diritti riconosciuti ai consumatori, *Lintner* (C-511/17)⁹³, da questa specola, aggiorna *VB Pénzügyi Lízing* (C-137/08)⁹⁴, se è vero che, da un'istruzione officiosa circoscritta all'ambito di applicazione della dir. 93/13 (in quanto cause aventi ad oggetto una clausola attributiva di competenza territoriale esclusiva), ci si sta adesso attestando su di un'istruzione officiosa operante *anche* in sede di valutazione dell'abusività⁹⁵. Il dubbio è se, circoscrivendo il sindacato officioso alle *sole* clausole (non contestate dal consumatore) *collegate* all'oggetto della controversia, nel mentre si fa salvo il principio dispositivo, non si dia pure ingresso ad un *giudicato*, sulla validità delle clausole non connesse, evitabile se l'*obbligatorietà* dell'esame officioso includesse *tutte* le clausole del contratto, quindi anche di quelle *non necessarie* a decidere sulle pretese delle parti dedotte in giudizio. Nella sostanza, e discostandosi da *Jörös* (causa C-397/11)⁹⁶, è ad un'interpretazione restrittiva dell'art. 4, § 1 che la CGUE, allo stato inceppandosi, mostra invece di voler aderire.

Una certa casistica, notiamo, dimostra allora che un fine regolatorio di massima inclusione spesso incespica: *Lintner*, non a caso, è l'opposto di una «incertezza a priori» sul post-vessatorietà visto che una siffatta aleatorietà di risultato dovrebbe passare, com'è evidente, per un controllo officioso di *ogni* clausola predisposta. Per di più, se è il caso che ha una funzione ordinante, pure l'altalenante giurisprudenza della Corte sulla tipologia di

contratti abitualmente utilizzati dal professionista" (§ 64). Nella vicenda, si dibatteva su di una domanda fondata su un pagherò cambiario, emesso in bianco e successivamente completato dal professionista, volto a garantire il credito derivante da un contratto di credito al consumo.

⁹² Non varrebbe opporre che la *prova dell'esistenza del credito* non rientra nell'ambito di applicazione della dir. 93/13: per l'elementare ragione che l'art. 4, § 1 incentra pur sempre il sindacato di vessatorietà su tutte le altre clausole del contratto.

⁹³ CGUE, 11 marzo 2020.

⁹⁴ CGUE, 9 novembre 2010.

⁹⁵ Come si legge nelle Conclusioni dell'AG Tanchev "la circostanza che la Corte, nella sua giurisprudenza, abbia sottolineato la necessità di elementi di prova sufficienti *per fondarsi sulla direttiva 93/13* può essere considerata come un avallo della posizione secondo cui il giudice nazionale dispone di elementi di diritto e di fatto sufficienti per l'esame d'ufficio, *potendo disporre d'ufficio, se necessario*, misure istruttorie a tal fine (§ 62, c. vo aggiunto).

⁹⁶ Corte giust. UE 30 maggio 2013, *Erika Jörös c. Aegon Magyarország Hitel Zrt.*, dove la Corte di giustizia UE aveva contemplato un rilievo officioso, ad opera del giudice d'appello, di *ogni* causa di nullità risultante in atti.

⁸⁸ CGUE, 4 giugno 2020, la cui narrativa era riferita, come esponiamo nel testo, ad una vicenda nella quale il giudice del rinvio non disponeva, agli atti, del contratto, costituente il titolo del credito controverso, sottoscritto da entrambe le parti, bensì soltanto di una *copia* di un contratto quadro sprovvista della firma del convenuto. A cadere, perciò, è la norma del codice di rito polacco legittimante il giudice ad emettere una sentenza contumaciale, quando il consumatore non sia comparso e neanche abbia esperito una qualche attività difensiva, basata unicamente sulle dichiarazioni rese dal professionista nell'atto introduttivo del giudizio.

⁸⁹ V., secondo un percorso ormai sperimentato, C. cost., 22 ottobre 2014, n. 238, in *Giur. cost.*, 2014, 3853; C. cost., 12 luglio 2017, n. 164, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 484 ss. e Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2013, I, 3121.

⁹⁰ CGUE, 7 novembre 2019.

⁹¹ In *Profi Credit Polska* leggiamo che, pur in assenza del contratto, il giudice è "a conoscenza del contenuto di altri



consumatore tutelabile⁹⁷, dischiude un altro filone che stona: un'inclusione ottimizzata, il rilievo vien da sé, dovrebbe infatti implicare che direttiva 93/13 protegga ogni consumatore, incluso perciò quello avventato o colpevolmente irragionevole.

del dopo *Kásler*, a volerla rileggere quale vessillo di una giustizia inclusiva apprestante un «miglior coordinamento dell'obiettivo deterrente con la disciplina correttiva del contratto»¹⁰³.

Intendiamoci, se la giustizia contrattuale europea ha, come ben ci dice Emanuela Navarretta, «quale obiettivo regolatorio generale» la massima iscrizione al mercato di attori razionali, l'effettività dell'apparato rimediabile correttivo è una soltanto: quella che, scongiurando dissuasivamente il nugolo di condotte abusive, idonee ad espellere dal mercato i contraenti deboli, ne mette per contro in forma la massima inclusione possibile. Epperò il fatto è che la saga magiara dei mutui in franchi svizzeri, ma erogati e da restituire in valuta nazionale, riprodotta quale esempio di un *access justice* proattiva, postula l'inoculare in quella tortuosa vicenda un plusvalore che, pur se intrigante, non ci sembra (diremmo) calzante a pieno. *Dziubak*, poi, lo è ancora meno, con un antefatto polacco che, siccome non contemplava, all'ungherese, una sostituzione coattiva di un tasso legale modificante *ex tunc* il rischio di cambio, ha visto allora il giudice del rinvio farne una questione calibrata sul se una nullità parziale pura della clausola di *spread* potesse rilevare da tecnica ivi trasformante la *causa contractus*, se è vero che, passando da un'indicizzazione in CHF ad una in PLN, cade pure il rischio nel cambio, venendo in effetti a mostrarsi difforme la prestazione principale delle parti. Anziché dibattere sulla selezione dell'apparato rimediabile finalizzato alla massima giustizia, il primo quesito di *Dziubak* andava, insomma ed all'opposto, ad impingere sull'esistenza di un *limite materiale* al dispositivo di una pura espunzione allorché sia di un'altra natura il contratto che, pur premiando l'interesse del consumatore, residuerebbe. E, se così è, tutto può dirsi fuorché *Dziubak* mimi un arresto che «chiude ... il cerchio»¹⁰⁴. È intuitivo infatti che un *access justice* presa sul serio avrebbe semmai implicato, nell'ipotesi di un'impossibilità di esecuzione del contratto mutilato, il reputare possibile, nonostante la carenza di una norma dispositiva, una *non declaratoria* di nullità del contratto. Orbene, la CGUE, scartando viceversa tanto un'integrazione *ex fide bona* quanto una *conservazione giudiziale* della clausola abusiva, quando il sopprimerla produrrebbe un effetto *sfavorevole* al consumatore, posterga le sole due tecniche inclusive giacché teleologicamente idonee a scongiurare una nullità *sconveniente*. Non è un caso, se l'appendice di *Dziubak* sono adesso due rinvii pregiudiziali nei

8. I “mobili” confini della giustizia inclusiva

Nel saggio di rara sottigliezza, di cui prima dicevamo, si legge che, tramontata la stagione del contratto ossimorico⁹⁸, è andata in archivio una *prevedibilità* del rimedio la quale, nella misura in cui infeudava la correzione del singolo contratto *b2c* entro un recinto di effetti pronosticabili, peccava in realtà di un'autentica carica dissuasiva, frustrando sul nascere «la stessa esigenza di prevenire [delle] condotte abusive»⁹⁹. Il che, come a noi pure era capitato di osservare¹⁰⁰, è senz'altro esatto, se è vero che soltanto un'*imprevedibilità rimediabile*, vanificando ogni giudizio di prognosi postuma del professionista, presidia la giustizia del singolo contratto evitando in pari tempo che essa divenga *cadetta* rispetto ad un effetto regolatorio di pura efficienza. Insomma, è per il medio di un'*imprevedibilità* del dispositivo di tutela che si accresce un tasso di deterrenza assurdo, nell'interpretazione autentica della Corte, a fonte di evoluzione additiva della «massima tutela in concreto del consumatore»¹⁰¹. Pellier, dalla Francia, ci ammonisce che la protezione dei consumatori conduce spesso a dei «résultats a priori surprénants»¹⁰².

Orbene, se pure noi siamo dell'avviso che l'*Abschreckungswirkung* dell'art. 7 dir. 93/13 sia idoneo a ritualizzare una *policy* regolatoria efficiente, e non a caso una nullità parziale pura è da più di un lustro il mezzo prescelto per un *fine* di effettività diffusa, *a monte*, del diritto dispositivo quale serbatoio di massima giustizia endocontrattuale, più di una seria perplessità continuiamo a nutrirla sulla giurisprudenza europea

⁹⁷ Per un diffuso ragguaglio della quale è utile consultare CGUE, 3 settembre 2015, *Costea c. SC Volksbank Romania SA*, C-110/14 e le Conclusioni dell'AG Cruz Villalón.

⁹⁸ V. pure MAZZAMUTO, *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 613.

⁹⁹ Così NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, cit. 266.

¹⁰⁰ Fin da Vecchio e nuovo sull'integrazione del contratto abusivo nel prisma armonizzato delle fonti (partendo da un caso recente), con postilla sulla sistematica attuale dell'integrazione, in D'AMICO-PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*. Saggi, Torino, 2015², 85 ss.

¹⁰¹ Così NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, cit. 269.

¹⁰² In *Le droit de la consommation au secours du voyageur sans titre*, in RDC, 2020, 65.

¹⁰³ Cfr. NAVARRETTA, *op. ult. cit.* 266.

¹⁰⁴ Così NAVARRETTA, *op. ult. cit.* 270.



quali viene ad essere dibattuta sia la penalizzazione consustanziale ad un interpello disinformato (*I.W. e R.W. c. Bank BPH Spółka Akcyjna* (C-19/20)) che la variabile, questa volta in *X Bank S.A.* (C-198/20), dell'ammissione di una domanda di risarcimento dei danni per la nullità pregiudizievole del contratto.

Ma è ormai tempo di scendere ancor più nel dettaglio.

9. ... e la resilienza della CGUE

È vero che la CGUE, per non intaccare l'immunità rampollante dall'art. 1, § 2, dir. 93/13 è ivi ricorsa ad un'acrobazia interpretativa molto sofisticata: e tuttavia, notiamo, questo fine *atout* è servito a smontare, dopo che *Kásler* (C-26/13) aveva dichiarato l'abusività delle clausole sulla differenza dei tassi di cambio, una modifica *ex lege* dei contratti pendenti, con sostituzione retroattiva di un tasso di cambio ufficiale, fissato dalla Banca nazionale d'Ungheria, ai corsi di vendita bancari della valuta estera nella quale il mutuo era stato stipulato. Testualmente, è esatto, la legge DH1 si applica(va) ai mutui conclusi con i consumatori tra il 1 maggio 2004 e la sua data di entrata in vigore (2014). Ma il fatto è che, soppressa, in quanto abusiva, la clausola sulla differenza dei tassi, di acquisto e di vendita, della valuta estera, nessuna caducazione si era invece sancita per la clausola sul rischio di cambio: che, con un'obbligazione restitutoria pattuita in fiorini, un dispositivo normativo di conversione forzosa va da sé mitiga ma non smonta se, come accaduto nell'intero arco della vicenda ungherese, si sia nel frattempo registrato un vistoso deprezzamento della valuta nazionale rispetto a quel franco svizzero in cui il mutuo è stato dall'inizio contratto.

Insomma, *nulla quaestio* che l'ortopedia normativa avesse soppresso la ragione che aveva prodotto, detto ellitticamente, il *motivo* di nullità sentenziato dalla *Kásler*: ma, restando il mutuo indicizzato al franco svizzero, visto che comunque si avrà un saldo negativo imputato *esclusivamente* al consumatore, *non* cade affatto la ragione per cui costui, debitore di un *quantum* largamente superiore al proprio merito reddituale di solvibilità, avrà un concreto interesse ad impugnare.

Fin qui la narrativa di una vicenda ove di *access justice*, è bene rimarcarlo, non si dà neanche una pallida imitazione visto che, semmai, la *policy* del legislatore ungherese era scopertamente improntata, per pretesi motivi di ordine pubblico economico, a calmierare in favore dei mutuanti delle obbligazioni restitutorie così ingenti da venire rappresentate, se fosse stato *d'emblée* soppresso il rischio di cambio,

come destabilizzanti l'intero sistema bancario ungherese. Non a caso, con la legge DH2, il credito restitutorio del consumatore era stato circoscritto al *differenziale* tra quanto corrisposto per effetto della clausola di *spread* ed il diverso ammontare dovuto se la suddetta pattuizione (abusiva) non vi fosse stata.

Riaffiora così l'interrogativo iniziale: perché, se così stanno le cose, riguardare il combinato giudiziale di *OTP Bank Nyrt* (C-51/17) e *Dunai* (C-118/17), non poi detto di passata degli arresti così spumeggianti, come l'emblema di una giustizia inclusiva che la CGUE sperimenterebbe senza più appiattirsi in un'efficienza regolatoria *market oriented*? Non certo, diremmo, perché la Corte qui incornici un «accertamento in concreto della soluzione rimediabile più protettiva»¹⁰⁵, in quanto, tutto al contrario, lo stratagemma argomentativo è quello di evidenziare che, se le clausole riproduttive di norme imperative sono *fuori* dal perimetro della 93/13, non è che un'altra *clausola*, quale è giust'appunto quella relativa al rischio di cambio, vada anch'essa integralmente indenne da un sindacato giudiziale: pienamente operante invece, ai sensi dell'art. 4, § 2, in caso di *intrasparenza*¹⁰⁶. L'argomento ordinante consiste quindi nell'evitare, come già *Sziber* (C-483/16) e *Ilyés* (C-51/17) avevano lasciato presagire, che la sostituzione automatica rendesse *impossibile* il sindacato di vessatorietà del rischio di cambio, con il combinato disposto degli artt. 4, § 2 e 5 quali cuneo ad impedire, per il medio di un'*esclusione* rampollante direttamente dalla DH1, il dimidiarsi di un sindacato giudiziale nella forma prescritta dall'art. 4, § 1 della direttiva¹⁰⁷. Quanto all'*an* della tutela consumeristica, le due decisioni non implicano però *niente di più*: altro è sostenere che una norma di sostituzione automatica non è incompatibile con i principi di livello sovraordinato del diritto europeo laddove, sottinteso, rimanga circoscritta al solo motivo (di nullità) rilevato, altro è ritenere che una siffatta statuizione *innalzi* la tutela recuperando *per ciò stesso* il consumatore al mercato. *Banco Santander SA* ed *Escobedo Cortés* (C-96/16 e C-94/17) fa, del resto, da baricentro: la potestà di un legislatore nazionale di qualificare come abusiva *un tipo* di clausola non include quella di schermanne altre, coniano un'immunità incondizionata a motivo di una presunzione assoluta di validità.

¹⁰⁵ Così NAVARRETTA, *op. ult. cit.* 271.

¹⁰⁶ A motivo, come già si leggeva in *Andriciuc* (C-186/16, § 43), di un rado di informazione insufficiente e/o decettivo su di una clausola identificante l'oggetto del contratto.

¹⁰⁷ V. D'AMICO, *La Corte di Giustizia e la vicenda (ungherese) dei mutui in valuta estera stipulati con un consumatore*, in *Contratti*, 2020, 6 s.

A titolo di pulizia concettuale aggiungiamo che, in *Dunai*, la CGUE è semmai comprensibilmente *tranchant* nel sentenziare l'illegittimità della legge DH2 nella parte in cui l'art. 37, § 1 formalizzava un'irretroattività non già giudiziale, alla maniera per intendersi officiata dal *Tribunal supremo* spagnolo nell'epopea delle c.d. *suelo*, bensì legale della declaratoria di vessatorietà di una clausola *diversa*, così invero recitava il disposto normativo, da quella di *spread* o di *ius variandi*. Se infatti, *Gutierrez Naranjo docet*, ogni clausola abusiva è da reputarsi inesistente fin dall'origine, non sortendo così alcun effetto nei riguardi del consumatore, una statuizione editale di *validità* del contratto *fino* alla data della decisione marchianamente impedisce, secondo il modello di una nullità *de futuro*, il ripristino dello *status quo ante* la confezione della suddetta clausola¹⁰⁸.

Se ciò è stato deciso, torniamo a chiederci: siccome giustizia inclusiva è un sintagma denso¹⁰⁹, quali sarebbero i motivi cardine trasformanti *OTP Bank Nyrt* e *Dunai* in un laboratorio che ne fornirebbe un distillato esercizio *in action*? Vero che una giustizia inclusiva *seleziona* e *conforma* la qualità di una tutela *effectiveness oriented*: ma, e lo ribadiamo, per la Corte non esiste una *validità parziale*, se la legge nazionale la ritualizza in modo *conforme*, che sia postergabile deducendo il contro-motivo che un *principio* sovraordinato, quale è quello che si legge nell'art. 47 CDFUE, garantirebbe una *miglior tutela* penalizzando più efficacemente un professionista mostratosi, fin dall'atto della stipula, scopertamente infedele. Il recitativo di *J.Z. c. OTP Jelzálogbank Zrt* (C-932/19), allo stato ancora pendente, è emblematico di come il principio di *Dunai* sia in realtà riguardato dalle Corti ungheresi come una regola non innervante granché una tutela consumeristica reputata claudicante se non è ritagliabile, nel segno di *Dziubak*, un *non automatismo* della sostituzione *ex lege*. Non a caso, il giudice del rinvio adesso si domanda se, statuendo *Dziubak* un'integrazione dispositiva rimessa al mancato dissenso del

¹⁰⁸ Alle corte potremmo così etichettare *Dunai* come un'appendice iterativa della Grande Sezione, se è vero che il suo dispositivo, ricalcante *in parte qua* quello di *OTP Bank Nyrt*, imbastisce pure un'illegittimità neutralizzante un risultato, se non identico, *analogo* a quello che, ma per una via giudiziale, era stato (infruttuosamente) sperimentato in terra di Spagna. *Nihil novi*, diremmo perciò: se non una riedizione, ma in *sensu debole* non ottimizzando l'interesse protetto, del principio di effettività.

¹⁰⁹ Espressivo, come vien detto benissimo, della coesistenza tra «principio teleologico della tutela del consumatore e quello della regolamentazione del mercato»: che «non configgono, [essendo] il primo che realizza il secondo»: così NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, cit. 265 s.

consumatore, l'art. 3, §§ 1 e 2 della legge DH1, contemplanti viceversa un'ortopedia contrattuale imperativa applicata *anche* nell'ipotesi di un'*espressa* volontà contraria del consumatore, non sia da reputare illegittimo rispetto all'art. 6, § 1, dir 93/13 e, per questo motivo, vada *disapplicato*. La pre-comprensione del giudice ungherese è quindi cristallina risolvendosi il quesito che la DH1 non sia una disposizione che protegge effettivamente il consumatore visto che neppure si dà a costui un interpello in merito a se voglia “chiedere una tutela in forza di tale normativa” (§ 1). La parzialità dell'effetto ablativo senza dubbio corrisponde al fine dell'art. 6, § 1, di una validità del contratto *per il resto*: ma la fattispecie *nascosta*, nell'ordito dell'art. 6, di una persistenza del contratto mutilato in contrasto con il miglior interesse del consumatore, è un'eccezione attinta da un peculiare stato, fattuale e di diritto, delle clausole principali.

Al netto di tante altre declamazioni, c'è, detto in sintesi, una certezza: l'intera vicenda si sta continuando a svolgere dopo che la legge DH3 aveva convertito in mutui in valuta nazionale l'intero debito residuo dei contratti pendenti, disponendo altresì un divieto di stipulare per il futuro dei mutui in valuta estera con i consumatori¹¹⁰. Orbene, stante la circostanza che però l'obbligazione restitutoria originaria rimaneva indicizzata al franco svizzero, ci sembra che abbia più di un costrutto osservare che la CGUE non ha ivi abbozzato né latamente tipizzato una teoria della giustizia inclusiva. Per almeno un quintetto di ragioni dirimenti.

Nell'ordine,

primo, intanto sentenziando che la modifica *ex lege* non implica l'automatismo di statuire una nullità *per relationem* della clausola sul rischio di cambio, la Corte rigetta il *rimedialismo* di affidare al giudice nazionale il potere, caduto il contratto, di fargli produrre gli effetti di un *contratto diverso* quando, non avendo riguardo allo scopo perseguito dalle parti bensì all'esclusivo interesse del consumatore, “debba ritenersi che” costui lo avrebbe “voluto, se” avesse “conosciuto la nullità”. *Ergo*, nessun principio di effettività può ritualizzare in sé una tensione attualizzante una *conversione atipica*, e non alla maniera dell'art. 1424 c.c., del contratto a motivo di una *validità contraria* al miglior interesse del consumatore;

secondo, con un contratto che cade, lo spettro di una nullità sconveniente è scacciato dal *bypass* del correlato darsi di un'obbligazione restitutoria da

¹¹⁰ Non a caso D'AMICO, *La Corte di Giustizia e la vicenda (ungherese) dei mutui in valuta estera stipulati con un consumatore*, cit. 6 ragiona di un «divieto secco» (c.vo nel testo).

indebitato. A scanso di ogni equivoco, non consta però che *OTP* e *Dunai* formalizzino un qualche appiglio in cui incastellare una conversione atipica schermante l'operare degli artt. 2033 ss c.c.;

terzo, se la clausola sul rischio di cambio dovesse *stare*, in ragione di una sua *trasparenza* in concreto, nessuna qualifica di indebitato riceverà quanto corrisposto dal consumatore a *quel titolo*. Qui il contratto evidentemente *sta*, dandosi soltanto per il mutuante un'obbligazione restitutoria limitata al differenziale prescritto dalla DH2¹¹¹;

quarto, se, complice l'intrasparenza, il mutuo cade nella sua interezza, in quanto il rischio di cambio è pur sempre un *essentiale negotii* qualificante la natura del tipo, è innegabile che la banca sarà tenuta alle conseguenze restitutorie rampollanti dal giudizio di abusività. Epperò non è meno incontestabile che, a carico del mutuatario, scatterà pure un debito restitutorio di diritto comune: il cui statuto normativo, come sappiamo, risaputamente premia, secondo il concetto operativo di una nullità sconveniente, il mutuante;

quinto, se proprio vuol ragionarsi di una giustizia inclusiva, l'impressione è che la CGUE abbia già affidato questo valore alla variabile di una *nullità totale soggettiva*: la quale, secondo il noto dispositivo di *Perenicová* (C-453/10), si dà soltanto però quando una legislazione nazionale, nell'ottica di massimizzare l'interesse del consumatore, abbia derogato *in melius*, nella forma di cui all'art. 8 dir. 93/13, allo standard di una tutela minima che, lo ribadiamo, in alcun modo viceversa recepisce un *maggior vantaggio* per il consumatore quale criterio che, sunteggiando, possa decidere della sorte di un contratto la cui esecuzione resti *oggettivamente possibile*.

A voler trarre dal quintetto un primo consuntivo, ci parrebbe azzeccato compendiarlo in un quartetto di deduzioni:

a) l'imprevedibilità del rimedio dissuade, svolgendo così pure una funzione sanzionatoria, quando l'utilità che un consumatore acquisisce dal post-vessatorietà sia di stampo extracompensativo. Ma, conviene precisarlo nuovamente,

b) *senza* il riconoscere un potere di veto espresso all'operare della sostituzione editale, quell'extracompensazione qui latita, l'omissione dell'interpello avendo macroscopicamente l'effetto di indebolire la tutela garantita ai consumatori;

c) è un interpello che tiene se il post-vessatorietà di una nullità totale indossa i panni di una conversione atipica che si appropria della scena. Diversamente, anziché dischiudere un risultato più favorevole, l'opposizione finisce per mostrarsi *hic et nunc* sconveniente. Con un minimo di attenzione, ci si avvede quindi che tutto gravita attorno alla declinazione, *non monistica ma duale*, delle conseguenze giuridiche scaturenti dalla nullità dell'intero contratto di mutuo. *Ergo* è il pacchetto delle suddette conseguenze che instrada la condotta processuale del consumatore;

d) non è che *Dziubak* abbia disatteso il principio, messo in esergo da C-26/13, di un'integrazione dispositiva quale correttivo ad una nullità totale penalizzante: ha soltanto escluso che l'integrare editalmente costituisca un *automatismo* quando la variabile di una *conversione più favorevole* rilevi da *posterius* di una nullità pronunciata, su domanda del consumatore, nella sua interezza. *Dziubak*, se vogliamo, *integra* perciò i precedenti, interpolando nell'art. 6, una volontà del consumatore reputata *determinante* tanto rispetto alla declaratoria di vessatorietà quanto in merito alla latitudine dell'effetto ablativo. È, così chiosiamo, una volontà selettiva che rende visibile l'esserci, a livello di diritto derivato nazionale, uno statuto plurimo del post-vessatorietà. È così partendo da questa multiformità che la "nuova" dottrina della Corte valorizza, diremmo, il contrappunto di una volontà autoresponsabile del consumatore la quale fa da sbarramento, in almeno un *trittico* di fattispecie, al potere (di eteroconformazione contrattuale) del giudice.

10. Una giustizia inclusiva apparente

Quand'è così, ci verrebbe da chiosare, quel che registriamo, in realtà, è un vischioso turbinio di luci ed ombre: con *OTP Bank Nyrt* e *Dunai* simboleggianti piuttosto un equilibrismo sofisticato, tra una validità ed una nullità ambedue *sconvenienti*, che ha dell'arduo comprendere chi, tra il professionista ed il consumatore, alla fine davvero premi. Una giustizia inclusiva avrebbe in realtà implicato, nel segno dei rinvii pregiudiziali¹¹², l'avallare una *conversione giudiziale* del mutuo indicizzato in uno scevro dal rischio di cambio senza l'intermezzo di uno scrutinio sul grado di trasparenza informativa messa in forma dal

¹¹¹ Non a caso, come si legge nel rinvio pregiudiziale C-932/19, cit., "non è possibile per i giudici ungheresi *estinguere del tutto* il rapporto giuridico fondandosi *soltanto* sull'invalidità derivante dalla differenza tra i tassi ... e applicare le conseguenze giuridiche dell'invalidità all'intero contratto" (§ 22), disapplicando le disposizioni della DH1 (c.vo aggiunto)

¹¹² Che, notiamo, una conversione intendevano praticarla per disapplicare, *in via principialista*, una normativa nazionale, la quale però, *se non* conia una presunzione assoluta di validità del rischio di cambio, europeisticamente infedele, questo ci dice la CGUE, non è.

professionista. Dunque un *access justice* in tanto sta, diremmo, in quanto incontri l'esserci di un diritto del consumatore ad ottenere un mutamento della qualificazione giuridica del contratto.

Se non fosse, e qui è *Dziubak* (C-260/18) ad evidenziarlo, che una conversione giudiziale avrebbe, al pari di una nullità parziale pura, l'effetto di conservare un *tipo* di operazione economica molto *diversa* da quella stipulata. Come leggiamo, depurato dal meccanismo di indicizzazione prescelto, è *in rebus* che qui in esecuzione rimarrà un *mutuo diverso*: e non ci vuol molto allora a comprendere che, similmente ad una nullità parziale pura, una conversione giudiziale finirebbe per assurgere ad un dispositivo legalizzante una modifica incidente direttamente sull'oggetto principale del contratto. Qui, alle corti, una conversione giudiziale, purgando dal vizio, altera perché *trasforma* il contratto. Ora, come *Dziubak* rimarca, quel diritto nazionale che contemplasse una *nullità totale*, quando convertire o amputare il contratto sortirebbe l'effetto di mutare l'oggetto principale del contratto (§§ 34, 36, 44-45), è legittimo: se la clausola che cade è infatti sinallagmaticamente essenziale, è già invero un'applicazione rigorosa della direttiva che riporta al disposto di un art. 6, § 1, ultimo cpv., denegante la parzialità quando *quel* contratto non possa "sussistere senza le clausole abusive". Qui, osserviamo, è un fatto che, se a trasformarsi è il *tipo* di indicizzazione contrattuale, la base negoziale *muta*, con un palese sovvertimento dell'operazione economica¹¹³. D'altro canto, ci verrebbe da aggiungere, pure una nullità parziale pura non è che ridondi *in toto* a vantaggio del consumatore: se la penale cade, perché di un importo manifestamente eccessivo, non è che il consumatore venga esonerato da una sua responsabilità per inadempimento nei riguardi del professionista.

La deduzione, in un contesto che rinnova l'assunto di una trasparenza materiale quale *limite imperativo* consustanziale ad ogni diritto derivato nazionale, vien perciò da sé: *OTP* e *Dunai* non sono un esercizio di giustizia inclusiva bensì un'applicazione mirata di quel principio di effettività preposto ad impedire che i consumatori ungheresi dovessero sopportare un'intrasparenza contrattuale ed una declaratoria irretroattiva. È tanto, certo: ma, nel contempo, è *troppo poco* perché la parabola dei mutui in valuta estera integri dei casi che si prestino a divenire dei *precedenti*. Dalla casistica europea traspare semmai che il

principio « è fonte di diritto »¹¹⁴, evocante un parametro valutativo espresso « dall'ordine che si deve attuare »¹¹⁵. Se non fosse che l'impressione che la "dottrina" della CGUE talora comunica è quella di un' *astrattezza* delle tutele complice la propensione a mitizzare un diritto dispositivo che, torniamo a ribadirlo, è invece un plesso normativo dai mille volti nel quale *Gerechtigkeitsgeboten* ed efficienza si mescolano, con una fluidità il cui risultato si sostanzia in una scala ove la giustizia contrattuale mette in mostra *minimi* e *massimi*. Ora, se l'effettività la percepiamo come un principio che *dà* « valore al fatto » è illusorio pensare ad un solo *benchmark*, perché edittale, di attuazione giurisdizionale dei rimedi. Non a caso, se la bussola sta in un'imprevedibilità del rimedio, la sua nota dominante andrebbe piuttosto ordinata secondo un'efficienza fondata su di almeno una *duplice* opposizione binaria: da un lato una nullità parziale pura in quanto tendenzialmente più vantaggiosa ma, se il diritto dispositivo, allorché il contratto sia autosufficiente¹¹⁶, si mostrasse *più favorevole* di una soppressione secca, la deterrenza in realtà ivi *raddoppia* perché *aggravata* qui è la punizione; dall'altro, quando il *Gerechtigkeitsgehalt* del diritto dispositivo difetti, è un'integrazione giudiziale che, evitando una nullità nociva, *include* rispetto ad un effetto ablativo che, nella sua interezza, invece *esclude*. Come si è sopra esposto, l'inclusione va *anteposta* quando soddisfa un'esigenza civil-costituzionale di effettività della protezione giuridica. Altrimenti siamo *fuori* dall'ambito della giustizia inclusiva.

Dopo di che, limitandoci qui ad un accenno davvero fugace, dovremmo iniziare a riconoscere che una riflessione sull'effettività protettiva officiata da una *ergänzende Vertragsauslegung* è, in realtà, tutta da investigare visto che, se le coordinate essenziali di una dottrina della Corte apertamente contraria sono ben conosciute, negletti si mostrano invece i due elementi base di un siffatto ostracismo: rispettivamente il preconetto che un'integrazione correttiva, non a caso in *Dziubak* domandata dal mutuante, si mostri *premiale* per il professionista e l'assunto complementare di un'equità e degli usi tutt'uno con una prassi di mercato. Sono due argomenti, lo diamo per buono, senz'altro di spessore ma ispirati dalla presunzione che un intervento creativo del giudice sempre ridondi a vantaggio del professionista: quando ci sembra piuttosto vero che, siccome si registrano tanto prassi

¹¹³ Diremmo, alla tedesca, che l'impegnatività di ogni contratto *b2c*, purgato della clausola vessatoria, è pur sempre "*auf derselben Grundlage*", cioè "a patto che conservi la medesima base negoziale".

¹¹⁴ Così VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, I, 956.

¹¹⁵ Cfr. VETTORI, *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁶ V., da ultimo, CGUE, 7 novembre 2019, cause riunite da C-349/18 a C-351/18, NMBS.

buone che inique, non si dà una *ergänzende Vertragsauslegung* che risulti etichettabile come un rimedio *inappropriato* in sé. Tra l'altro, la precomprensione di una nullità parziale pura opera sul presupposto che la sostituzione dispositiva sarebbe più vantaggiosa per il professionista: ebbene quando l'integrazione dispositiva, applicata per neutralizzare una nullità totale sconveniente, *esita in una validità non meno sconveniente* per il consumatore, la Corte apertamente sovverte la premessa del suo ragionamento, in quanto deflette dal *tertium genus* di un'integrazione *ope iudicis non sfavorevole* al consumatore. Qui, ribaltando il dire di Emanuela Navarretta, tra mezzo e fine corre una vistosa dissimmetria.

Si potrebbe, naturalmente, spostare il discorso sugli esiti interpretativi incerti di un'integrazione giudiziale preclusa quanto all'oggetto del contratto¹¹⁷: se non fosse che così, senza il medio tedesco dell' *unzumutbare Härte* (§ 306, *Abs.* 3 BGB), obliquamente si parcellizzano le fattispecie enumerabili come di giustizia inclusiva in quanto questa si eclisserebbe sempre nei casi di una nullità totale, dando così luogo ad una cesura netta tra valori e norme. Ebbene, considerando che *Dziubak* recita di una protezione del consumatore che si dà soltanto quando “vengono presi in considerazione i suoi interessi reali e quindi attuali”(§ 51), ci vien fatto di osservare che, se costui non invoca la protezione contro una nullità sconveniente, a meno che non si versi nella variabile contingente di sopravvenienze patrimoniali cospicue, è perché ivi abbiamo un soggetto che dispone di una tutela *più favorevole*¹¹⁸. Se invece un siffatto dispositivo non si dà e neanche può venire in soccorso una *ergänzende Vertragsauslegung*, il mantenimento delle clausole abusive, quando la loro espunzione penalizzerebbe, rappresenta allora niente più di una forma di tutela inclusiva *residuale*: che, come deduciamo da *Dziubak*, si iscrive nel disposto dell'art 6 sì quando il consumatore vi *acconsenta* ma quale *extrema ratio*. È segno che, in assenza di un'integrazione giudiziale, allo stato il consumatore può avvalersi non di un *maius* ma di un *minus* di tutela. Il che, se da un lato preserva l'autonomia

contrattuale quale principio «dotato di una garanzia d'istituto»¹¹⁹, rimedialmente stona.

11. A mo' di epilogo: l'illusione di un terzo paradigma e dintorni

Chiosa finale.

Vero che l'interprete odierno non può sfuggire ad «un'opera di rivisitazione storico – reale e [di] contestuale risistemizzazione teorico – concettuale [delle nullità]»¹²⁰: ma, nel procedere alla definizione di un quadro organico, rimane incerto, se non stipulativo, comprendere quante e quali nullità irregolari sono, anziché espressione di norme contingenti, l'epifania di nuovi principi. Farne, alla francese, una questione di interesse protetto, distinguendo così quello privato da uno di stampo generale, non serve a granché in quanto sottende un distinguo, per altro lasco, solidamente ancorato alla logica della fattispecie: quando centrale, lo ripetiamo, è un *conformarsi* del regolamento contrattuale ad un razionalizzarsi efficiente di un mercato che sia concorrenziale. Se il punto sta, diremmo, nel constatare che la tecnica modale del nostro “di protezione” incorpora la vocazione assiologicamente mediatrice dell'inefficacia tedesca (*Unwirksamkeit*), urge pertanto, laddove ovviamente non se ne voglia fare un problema di *situazione complessiva* ove il contratto si trovi ad interagire, scovare il fattore valoriale che, con qualche ragionevole approssimazione, governi la complessità del nuovo senza affidarsi a concettualizzazioni di fine Ottocento¹²¹: ogni categoria, come non a caso Lipari è tornato a rammentarci, «definisce ma all'un tempo», cioè nel momento in cui si sedimenta, «esclude»¹²².

Diversamente, anziché a riveder le stelle, continueremo a procedere (irragionevolmente) lumeggiando l'oscuro per mezzo del più oscuro (*obscurum per obscurius*). Una nomofilachia, come antidoto al dilagare dell'incertezza, pur a configurarla come orizzontale/circolare e non più in senso verticistico¹²³, è senz'altro di aiuto ma non

¹¹⁷ V. NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, cit. 271 s.

¹¹⁸ Siccome la non dichiaratorietà di abusività, perché il consumatore reputa più conveniente non espellerla, è, nell'economia dell'art. 6, un'eccezione, *Dziubak* esclude che la stessa possa operare rimettendo al sindacato giudiziale un test di *vantaggiosità*. Per la Corte, v. § 67 della motivazione, il giudizio di convenienza è monopolio esclusivo del consumatore.

¹¹⁹ Così NAVARRETTA, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali*, cit. 272.

¹²⁰ Così SCALISI, *Le invalidità dall'atto al rapporto*, in ID., *Il contratto in trasformazione*, cit. 262.

¹²¹ V., per più di uno spunto utile, DORIA, *Il contratto tra post-modernità e tradizione*, in *Giust. civ.*, 2015, 488 ss., spec. 495 ss.

¹²² V. *Diritto civile e ragione*, cit. 71. V. pure G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010², 96.

¹²³ Secondo l'idea suggerita da CANZIO, *Autonomia privata e giurisdizione nella tradizione civilistica continentale*, in *Jus civile*, 2018, 383 ss. e, prima ancora, SCODITTI, *Il contratto fra*



risolve: al pari, ed è così che ci congediamo, del *tópos* di un “di protezione” quale *tertium genus* corredato da un proprio statuto disciplinare. Un terzo paradigma, al netto di istituzionalizzare taluni profili tipizzanti (dalla legittimazione relativa alla parzialità necessaria passando per un rilievo officioso *sui generis*) finisce infatti per mostrarsi *debole*, se è vero che la *vis* espansiva del di protezione tende ormai a riverberarsi in una pluralità di istituti postcontrattuali (dalle restituzioni al termine di prescrizione fino ai profili di una sanabilità e dell’opponibilità ai terzi) riplasmanti copiosamente (e dall’esterno) l’identità dei singoli tipi contrattuali. Un art. 1424 *bis* c.c., esplicitivo di una fattispecie puntuale e specifica¹²⁴, rischia perciò di palesarsi come un’operazione sì elegante ma di retroguardia, esposto come sarebbe al repentino fioccare di situazioni concrete che, per il ribollire di lacune tecniche conseguenti, sfibrerebbero una trama ordinativa pur sempre confezionata sul modello del paradigma astratto. Come dire, che il problema di un “di protezione” inafferrabile *non* lo si cura coniando una fattispecie formale che, a motivo della sua rigidità, finirebbe subito sotto l’assedio di un principio di legalità sostanziale o di un “giusto” rimedio¹²⁵. Per *incidens*, senza uno statuto restitutorio conformato, è pure l’idea, largamente sperimentata, di un’equivalenza sostanziale «nel riequilibrio del contratto fra risarcimento e eliminazione degli effetti»¹²⁶, che salta.

legalità e ragionevolezza, in *Foro it.*, 2015, V, 417 ss., che si spinge a reputare il precedente giurisprudenziale come «il garante della certezza del diritto in luogo della norma generale e astratta». V. poi ROVELLI, *Certezza del diritto: dalla legge all’interpretazione consolidata e possibile eterogenesi dei fini*, in *Ars interpretandi*, 2019, 138, nitidissimo nell’evidenziare che centralità dell’interpretazione e della funzione giurisdizionale sono due valori basilari che si specchiano in una *calcolabilità* presa sul serio quando il precedente giudiziario ed il suo stabilizzarsi si inseriscono nell’orizzonte di una “comunità interpretante”. Diversamente, come nota LIPARI, *Principio di eguaglianza ed esercizio della giurisdizione*, cit. 542, senza «superare la “prova di resistenza” del dibattito dottrinale, sia pure complessivamente considerato, difficilmente può formarsi su una *quaestio iuris* alcun diritto vivente». Il che, notiamo, dovrebbe archiviare il pericolo che una legalità, presidiata da principi e regole, si trasformi «nell’assoluto intuizionismo e volontarismo del giudice»: così IRTI, *I “cancelli delle parole”*, Napoli, 2015, 24.

¹²⁴ Come quella, più in generale, auspicata da SCODITTI, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in *Quest. giust.*, 2020, 60 ss.

¹²⁵ Esempiare il passo ove M. BARCELLONA, *L’ottica rimediale e la morte della legge*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, cit. 684 osserva come «la conformità aritmetica del caso concreto alla fattispecie non regge e la riduzione della *ratio* alle essenze non è in grado di fluidificarlo abbastanza».

¹²⁶ Così, puntualmente, VETTORI, *Nullità selettive e “riequilibrio effettivo”*. *L’evoluzione della buona fede*, cit. 29.

La rappresentazione più compiuta di questo discorso è in Giuseppe Benedetti: «c’è verità», quindi chiosiamo ogni definizione sta, «fino a che essa», scrive il Maestro, non venga smentita da nuove esperienze»¹²⁷. Se «complessità significa ... ampliamento dell’orizzonte ermeneutico»¹²⁸, il riduzionismo di un art. 1424 *bis* c.c. ci sembra che finisca per mettere in un angolo, «le *diversità*» che potrebbero turbare «l’unità e la purezza del concetto». In luogo di un concetto univoco, meglio un cammino che principi «dalle cose»¹²⁹: quindi dalle fattispecie concrete che popolano l’esperienza giuridica¹³⁰, secondo un moto che dal “particolare” risale al generale. Non è un caso se, nell’esperienza giuridica francese, l’impatto del “di protezione” si è semmai tradotto nell’aggiornamento della disposizione sulla nullità parziale: l’art. 1384-2 *Code civ.*, laddove recita di un effetto conservativo istituzionalizzato quando “*les fines de la règle méconnue exigent son maintien*”, è infatti nel segno di una *teleologische Reduktion* tipizzata che riscrive un luogo topico della nullità assoluta. Segno, allora, che è piuttosto l’intelaiatura degli artt. 1418 ss. che, nella cornice di addivenire al distillato di un rimedio *adeguato*, meriterebbe di venire ripensata. Altrimenti la scorciatoia del c.d. rimedialismo continuerà a dilagare rompendo ogni argine.

¹²⁷ In *Sull’in-certezza del diritto. Dal dogma della certezza a un’ermeneutica critica*, in ID., *Oltre l’incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, 2020, 163.

¹²⁸ Così BENEDETTI, *op. ult. cit.* 166.

¹²⁹ Cfr. BENEDETTI, *op. loc. ult. cit.*

¹³⁰ Sintomatico VETTORI, *Nullità selettive e “riequilibrio effettivo”*. *L’evoluzione della buona fede*, cit. 29, laddove scrive di una «flessibilità cognitiva capace di saper affrontare situazioni difficili e complesse, alla ricerca, appunto, del rimedio più adeguato».

