

Stefano Pagliantini

Il diritto derivato nazionale e la finzione di un dialogo tra le Corti

(doi: 10.4478/91886)

Osservatorio del diritto civile e commerciale (ISSN 2281-2628)

Fascicolo 2, dicembre 2018

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.

Il diritto derivato nazionale e la finzione di un dialogo tra le Corti

Stefano Pagliantini

National Derivative Law and the Pretence of a Dialogue Between the Courts

Starting from a review of the most recent judgments of the Court of Justice, the essay questions the notion of national secondary law, understood as a set of legislative provisions or as inclusive also of the principles of law elaborated by the national Supreme Courts. Analysing the various judgments of the Court of Luxembourg, we can see that the conformity check can also be performed on the interpretation of national law.

Keywords: Rules, Principles, Harmonization.

1. Il diritto derivato nazionale come una nozione *double face* dai contorni frastagliati? Le ragioni di un interrogativo tutt'altro che retorico

Diritto derivato nazionale: i confini di una formula in cerca d'autore? Così, volendo, potrebbe impostarsi un discorso che, in estrema sintesi, ruota intorno al domandarsi se, nella stagione corrente, la conformità al diritto europeo sia un attributo della legislazione vigente o non piuttosto delle molteplici interpretazioni possibili che una disciplina nazionale venga a ricevere presso una Corte superiore. Naturalmente, nonostante la curvatura fatta ormai registrare da un rinvio pregiudiziale che non è più «strumento di virtuoso ri-accentramento di normative decentrate»¹, quella formulata potrebbe sembrare, a tutta prima, una provocazione, complice non fosse altro il concorrente operare di due robusti contro-argomenti: da un lato è risaputo che qualsiasi deroga *in melius*, quando la direttiva sia di armonizzazione minima, è blindata da una riserva di legge visto che il combinato disposto degli artt. 8 ed 8 *bis* dir. 93/13 la affida al sintagma di «disposizioni più rigorose», con l'obbligo di informare la Commissione; dall'altro, com'è non meno notorio, se le sentenze delle Corti supreme non vincolano *erga omnes* negli ordinamenti di *civil law*, giacché questi non sono sistemi ove la giurisprudenza sia

¹ Così Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, p. 238.

annoverata tra le fonti del diritto, non dovrebbe esserci un motivo plausibile per rappresentare il volto del diritto derivato nazionale alla stregua di un Giano bifronte. Il diritto derivato, se il sistema ordinamentale ignora la regola di uno *stare decisis*, è (diremmo) sempre e soltanto quello confezionato dal legislatore, non uno, per intendersi, *giurisdizionalizzato*. E però, se ciò è vero, da subito non lo è di meno il rilevare che si danno pure non meno di tre ragioni che dovrebbero invece far meditare su quanto sia utile tornare a riflettere sul senso di una locuzione, «diritto derivato nazionale», scopertamente a *confini mobili*. Sono delle ragioni, volendo provare a censirle rapidamente, che si possono così riassumere:

– *primo*, in cause riunite C-96/16, *Banco Santander SA c. Mahamadou Demba e Mercedes Godoy Bonet* e 94/17², *Rafael Ramón Escobedo Cortés c. Banco de Sabadell SA*, la CGUE ha statuito che sebbene non abbiano forza di legge, i precedenti di una Corte suprema, siccome riformabili sono le decisioni che vi si discostano, a tutta prima *vincolano* (§ 59). Quale sia la pre-comprensione della CGUE è perciò evidente: quella di *civil law* non è una giurisprudenza che sia provvista di un valore normativo ma, nella misura in cui le sentenze dei giudici di grado inferiore sono riformabili, è da reputarla assimilabile ad una fonte-fatto munita di un potere di creazione in sede interpretativa. *Ergo*, per l'elementare ma decisiva ragione che detta giurisprudenza ormai riveste «un ruolo *quasi* equiparato a quello del legislatore»³, va appurato se e quanto l'insieme delle sue *regulae iuris* sia *compatibile* in quanto comunitariamente orientato;

– *secondo*, già in C-421/14⁴, *Banco Primus*, si era, per la verità, sentenziata come inammissibile l'interpretazione consolidata di una Corte superiore ostativa a che un giudice, il quale avesse accertato l'abusività di una clausola, potesse tempestivamente cassarla nel caso in cui il professionista, anziché avvalersene, si fosse risolto ad esercitare la facoltà controversa nel modo prescritto da una norma dispositiva *prima facie* derogata. Nella specie a cadere sotto la scure della CGUE è la prassi interpretativa coltivata dal TS spagnolo, bypassante la nullità di una clausola di risoluzione anticipata ove, in luogo di una potestà riconosciuta già al mancato pagamento di una sola rata, fosse stato appurato che il professionista aveva viceversa atteso la decorrenza della soglia o del periodo minimo di inadempimento previsto dall'art. 693, § 2 LEC (rispettivamente tre rate o tre mesi). Se la clausola abusiva,

² CGUE, 7 agosto 2018.

³ Così D'Amico, *Interessi moratori e dintorni*, in *Contratti*, 2018, in corso di stampa.

⁴ CGUE, 26 gennaio 2017.

ove il giudice abbia proceduto ad una siffatta qualificazione, va *hic et nunc* depennata dal contratto, la circostanza che la stessa non sia stata eseguita, non può costituire, questo il principio reso dalla CGUE, un ostacolo a che il giudice la espunga giacché riguardare come ammissibile un'interpretazione giurisprudenziale, subordinante l'espunzione al requisito fattuale dell'applicazione o meno della clausola abusiva (§§ 68-75), produrrebbe il risultato di avvalorare una prassi dissimulante, in violazione dell'art. 8 dir. 93/13, una deroga *in peius*. Avremmo infatti una norma-risultato che, per effetto di un'interpretazione nazionale restrittiva, non è quella conforme alla direttiva ed alla giurisprudenza della CGUE che vi dà attuazione. Il precedente di C-602/13⁵, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, già costituiva d'altra parte una solida premessa, se è vero che la CGUE aveva ivi provveduto ad archiviare come *non conforme* un principio di diritto pretorio finalizzante a trasformare la mancata esecuzione di una clausola abusiva in un preclusione «di per sé» schermante l'obbligo del giudice nazionale di trarre «tutte le conseguenze dal carattere abusivo di detta clausola» (§ 54). Dunque la CGUE non ritaglia alle Corti nazionali il ruolo di fonte del diritto in senso formale: e tuttavia, in una dimensione applicativa delle regole, siccome un orientamento consolidato esprime l'interpretazione *privilegiata*, la CGUE tende a riconoscerla *come se fosse* equiparabile, proprio a motivo del suo consolidamento, ad una disposizione.

– *terzo*, due disposti processuali, complice una Cassazione che ne fa «un uso assai frequente, e non di rado disinvolto»⁶, rendono succosamente intrigante l'esperienza italiana di una *nomofilachia creativa*⁷. Se stiamo al primo, art. 363, c. 3, c.p.c., in caso di inammissibilità del ricorso, ove reputi che la questione sottoposta sia di particolare importanza, la Cassazione, quantunque a causa dell'inammissibilità non possa decidere nel merito, può eccezionalmente pronunciare, nell'interesse della legge, un principio di diritto che valga da regola di decisione per «casi analoghi o simili»⁸. La pronuncia è semi-officiosa, in quanto resa all'interno di un giudizio pur sempre introdotto da un ricorso, e il principio enunciato è indiscutibilmente senza effetto sul provvedimento impugnato: e però la sua efficacia *de futuro*, nel senso di un vincolo operante se, successivamente alla sua declaratoria, la Corte dovesse venire nuovamente investita «del problema in via ordina-

⁵ CGUE, 11 giugno 2015 (Ordinanza).

⁶ Così Fornaciari, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, pp. 332 ss.

⁷ L'espressiva locuzione si legge in Carratta, *L'art. 360 bis e la nomofilachia «creativa» dei giudici di cassazione*, in *Giur. it.*, 2011, pp. 886 ss.

⁸ V. Cass. 22 giugno 2017, n. 15482.

ria, nell'ambito di una diversa causa»⁹, non è seriamente controvertibile. Se stiamo invece al secondo disposto, art. 374, c. 3, c.p.c., qui è statuito che, laddove su di una questione le S.U. abbiano già sentenziato, la sezione semplice, alla quale venga a ripresentarsi la stessa questione, nel caso dovesse dissentire dal principio di diritto statuito in precedenza dalle S.U., anziché decidere nel merito *in senso difforme*, deve pronunciare un'ordinanza di rimessione alle S.U., esplicitando il perché quel principio di diritto sia da modificare. Ergo, pure qui, un'efficacia vincolante di quel principio c'è, nella versione di una preclusione delle sezioni semplici a discostarsi «*sic et simpliciter*» dal precedente delle S.U.¹⁰. Vero infatti è che non si va al di là di «un vincolo puramente procedimentale», inassimilabile «ad una regola di *stare decisis*»¹¹; e tuttavia chi volesse negare che il suddetto precetto mimica una vincolatività ordinamentale¹², «nella misura in cui [è pacifico che l'art. 374 c.p.c.] esclude la possibilità di un'autonoma pronuncia apertamente difforme»¹³, ci sembra che verrebbe a contestare l'ovvio. *Per incidens*, se stiamo a Cass. 12215/2018¹⁴, l'interpretazione consolidata della S.C. avrebbe lo statuto di un'«oggettivazione convenzionale del significato dell'enunciato normativo»¹⁵, con una dottrina che non è meno stentorea d'altra parte nel bollare come lesiva dei principi costituzionali di eguaglianza (art. 3 Cost.), di buon andamento (art. 97 Cost.) e del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., «la ribellione solipsistica» della Corte di merito, ai precedenti della Cassazione, in quanto fondata «sulle stesse argomentazioni già vagliate [...] e regolarmente trovate prive di fondamento»¹⁶.

⁹ Cfr. Fornaciari, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c.*, cit., 370.

¹⁰ Così Luiso, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011⁶, II, p. 454.

¹¹ Cfr. Nivarra, *Dalla «crisi» all'«eclissi»: ovvero, da un paradigma all'altro*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, p. 840. A sua volta Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Bari, 2015⁴, II, p. 456, ragiona di un vincolo implicito che opera «sul terreno meramente deontologico, senza alcun riflesso sul piano propriamente processuale».

¹² L'espressione è di Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, III, Torino, 2013, p. 402, che discorre di un «dovere funzionale» delle sezioni semplici di rimettere, senza tuttavia che la legge statuisca un «dovere primario» delle stesse di attenersi al *dictum* delle S.U., donde l'affacciarsi, se così invece fosse, di un vizio processuale della loro sentenza difforme.

¹³ Così Nivarra, *op. loc. ult. cit. Vincolo negativo* è la formula che persuasivamente utilizza Caporusso, *sub art. 374*, in *NLCC*, 2011, 567, alla quale si rinvia pure per il fitto apparato bibliografico in argomento.

¹⁴ V. Cass. ord., 18 maggio 2018, n. 12215.

¹⁵ Per la cronaca, in questa decisione, la sussunzione di un'interpretazione consolidata tra i parametri per l'accertamento della colpa grave di cui all'art. 2, c. 3 l. n. 117/1988 ovvero ai sensi dell'art. 2, c. 1, lett. g) d.lgs. n. 109/2006, rispettivamente in tema di responsabilità civile del magistrato e di responsabilità disciplinare, è all'origine di una rimessione alle S.U.

¹⁶ Così Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit. 403.

Ce n'è, come si può arguire, quanto basta per chiedersi se, anziché dalle parti di una teoria ideologica del diritto, l'interprete non si trovi piuttosto al cospetto di uno scenario nel quale il principio di diritto di una Corte superiore, siccome è *stabile* fino a che non si diano delle rimediate ragioni per sovvertirlo¹⁷, sia *hic et nunc* catalogabile come il prodotto di un «potere sostanzialmente normativo»¹⁸. Quantunque infatti non sia direttamente qualificabile come un atto di *posizione*, un orientamento interpretativo «cristallizzato», così Mazzamuto¹⁹, neanche è più derubricabile al rango di un accidente in quanto niente più e niente meno che una delle interpretazioni possibili.

Il civilista che si stupisse di un sindacato della CGUE avente un oggetto *ipotetico*, perché lo ribadiamo se la giurisprudenza non è fonte, un suo principio non è diritto derivato, in realtà non dovrebbe: per l'elementare ma decisiva ragione che, se il vincolo di un'interpretazione conforme è parametrato sul modo in cui la CGUE *legge* la singola direttiva, un'interpretazione *difforme* del diritto derivato nazionale si tradurrebbe, nei fatti, in una *non corretta* applicazione della regola di diritto europeo, restituendo così l'immagine di un diritto delle Corti ammesso a sperimentare quanto non è consentito al legislatore. A materializzarsi qui per riflesso, lo notiamo di passata, è pure lo spettro di una responsabilità dello Stato per i danni scaturenti da una decisione giudiziale *non conforme*, se resa da una Corte superiore disapplicando manifestamente la giurisprudenza consolidata della CGUE. *Tomášová c. Slovenská republika* (C-168/15)²⁰, che esclude una responsabilità extracontrattuale dello Stato soltanto perché il suo organo di ultima istanza si era pronunciato prima della sentenza *Pannon*, *ergo* l'inosservanza dell'*obbligo giudiziale* di valutare officiosamente l'esistenza di una clausola abusiva in un contratto *b2c* non poteva dirsi *in contrasto* con una giurisprudenza chiara e pacifica della CGUE, è eloquente di *quando* e *come* una violazione (del diritto europeo) può dirsi scusabile. Insomma, in sede europea, una grave e qualificata violazione (non della *legge* ma) del *diritto*, diremmo ellitticamente,

¹⁷ Donde «un *dovere costituzionale* per tutti i giudici di discostarsi» dai precedenti della Cassazione, quando si mostrino costanti e *maxime* nel caso in cui siano stati resi a S.U., «solo sulla base di un'approfondita motivazione», illustrante «le ragioni giuridiche imperiose che [...] dovrebbero suggerire un mutamento di giurisprudenza»: così Consolo, *op. loc. ult. cit.* (c.vo aggiunto).

¹⁸ Così S. Mazzamuto, *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, p. 857.

¹⁹ *Op. ult. cit.*, p. 856.

²⁰ CGUE, 28 luglio 2016, relativa all'esecuzione forzata di un lodo arbitrale definitivo reso in virtù di una clausola abusiva contenuta in un contratto di credito al consumo. Il *leading case*, com'è risaputo, si incontra nella sentenza *Köbler*, C-224/01, CGUE, 30 settembre 2003. E v. pure le osservazioni dell'A.G. Geelhoed nelle sue *Conclusioni* presentate nella causa *Commissione/Italia* (C-129/00, § 63).

sussiste tutte le volte in cui si appuri che è stata disatteso un orientamento univoco della CGUE. Siccome le Corti di uno Stato membro, al fine di armonizzare l'interpretazione del diritto nazionale, sono legittimate ad «elaborare alcuni orientamenti destinati a guidare i giudici di grado inferiore»²¹, andando a sindacare gli orientamenti consolidati di *quelle* Corti, la CGUE evita così il prodursi o il reiterarsi di *regole nazionali incompatibili* con il diritto dell'Unione. La pre-comprensione evidente della CGUE è che l'inadempimento di una Corte nazionale gemina l'inadempimento dell'obbligo di uno Stato membro di garantire in modo effettivo la tutela di un diritto conferito dal diritto europeo.

2. Diritto derivato nazionale e interpretazione autentica della CGUE: spigolando nella casistica per una qualche (inconsueta) deduzione

Diritto derivato nazionale come una formula, dicevamo, *in progress*. Per una pluralità di ragioni che stanno via via diventando sempre più sofisticate. Anche qui un rapido elenco, che faccia il punto, potrebbe rivelarsi pragmaticamente utile.

– *Primo*, qualsiasi civilista appena provveduto sa che l'interpretazione autentica della CGUE si lascia in realtà rappresentare come un *accrescimento* del dato normativo, restituendo così l'immagine di un'armonizzazione minima che si atteggia a figura ibrida in quanto frutto dell'interazione continua tanto di una giuridicità formale che di una giurisprudenziale *ex art. 267 TFUE*²². Chi scrive che le decisioni della CGUE sono da considerarsi alla stregua di uno «*ius superveniens* in senso stretto»²³, espressivamente cattura così l'istantanea di un diritto derivato *diacronicamente* assoggettato, nella cornice di un primato della giurisdizione di Lussemburgo, a *più* modelli di conformità.

– *Secondo*, qualsiasi civilista appena provveduto sa che le addizioni di significato, che la CGUE sistemicamente pratica della direttiva 93/13, innescano un'armonizzazione giudiziale *per principi* operante, nell'ottica di un prima-

²¹ *Conclusioni* AG Wahl (§ 60).

²² Come si legge, a mo' di un manifesto ideologico, nelle *Conclusioni* dell'A.G. Szpunar in cause C-70/17 e 179/17, la «giurisprudenza della Corte ha svolto un ruolo importante, se non determinante, nel rafforzamento del mercato interno e della protezione dei consumatori» (§ 2).

²³ Così Lipari, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, ora in Id., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 141. Id., *Per un ripensamento delle fonti fatto nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, pp. 1207 ss.

to della giurisdizione, da vera e propria fonte di integrazione di un diritto «troppo lacunoso per non indurre al travalicamento»²⁴. Persino il lessico curiale si adegua: «norma, elaborata in via giurisprudenziale dalla Corte», è infatti una fraseologia che ha ormai del ricorsivo.

Esemplificando:

– il regime processuale asimmetrico della non vincolatività, per l'esistenza di un fatto impeditivo alla sua dichiarabilità riconnesso ad un diniego del consumatore che sia stato dapprima interpellato giudizialmente, non è scritto nell'art. 6 della direttiva 93/13. È la Corte che, in ragione del suo potere di interpretazione autonoma vincolante, ha compiuto questa interpolazione quando ha sancito che la qualifica di abusività integra, a tutti gli effetti, un'eccezione in senso lato a tutela di un interesse pubblico (C-243/08, *Pannon GSM Zrt*; C-472/11, *Banif plus Bank* ed *Aziz*, C-415/11)²⁵;

– l'esserci una nullità parziale che, quando la clausola espunta perché abusiva non sia essenziale, bypassa una norma dispositiva che pur sarebbe applicabile, non è di nuovo iscritta nella dir. 93/13: è la CGUE che, leggendo l'art. 6 a mo' di un *posterius* rispetto ad un *prius* reputato assiologicamente *potiore*, nella specie quell'effetto dissuasivo (*Abschreckungseffekt*) che si legge nell'art. 7, § 1, ha ritenuto di sentenziarlo a mo' di un equilibrio ideale ribaltante sul professionista la sanzione di una perdita economica secca (*Banco Español de Crédito*, C-618/10, § 65; *Asbeek Brusse et de Man Garabito*, C-488/11, §§ 57-59 e *Unicaja Banco et Caixabank*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, §§ 28-29)²⁶; continuando,

– la foggia di un'integrazione dispositiva, maneggiata come uno strumentario preclusivo non di una *qualsiasi* nullità totale ma soltanto di quella nullità *in toto* che, in ragione del regime predicante le obbligazioni restitutorie, vanificherebbe l'effetto dissuasivo di una nullità parziale, non è (*cave!*) che faccia direttamente capo ad un testo della dir. 93/13, essendo il prodotto di una CGUE che l'ha stilizzata perché giudicata *rimedialmente* come meglio rispondente ad un modello di caducazione conservativa contro la volontà di una delle parti (*Kásler e Káslerné Rábai*, C-26/13, § 83 e *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, C-602/13, § 38)²⁷; ancora,

²⁴ Così Castronovo, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, p. 235. Se poi ci si prende la briga di consultare la relazione della Commissione sull'applicazione della dir. 93/13, «i sistemi giuridici devono rispettare una serie di principi onde garantire che una clausola abusiva non vincoli il consumatore», quando andiamo dicendo finisce per mostrare, ci sembra, un'evidenza incontrovertibile.

²⁵ V. CGUE, 4 giugno 2009; CGUE, 21 febbraio 2013 e CGUE, 14 marzo 2013.

²⁶ V., rispettivamente, CGUE, 14 giugno 2012; CGUE, 30 maggio 2013; CGUE, 21 gennaio 2015.

²⁷ CGUE, 30 aprile 2014 e CGUE, 11 giugno 2015, cit.

– il rilievo officioso dell'inadempimento all'obbligo generale di informazione precontrattuale non è scritto nel disposto dell'art. 10, § 2, dir. 2008/48/UE: è la Corte che lo ha disposto, invitando poi i giudici nazionali a trarne «tutte le conseguenze che, secondo il diritto nazionale, derivano da [detta] violazione» (C-377/14, *Radlinger*)²⁸; infine, ma potrebbe continuarsi,

– la trasformazione della trasparenza informativa in un obbligo di consulenza minimizzante il distinguo tra squilibrio normativo ed economico, col risultato di un abuso del professionista che c'è ogni qual volta si dia un *deficit* di informazioni precontrattuali essenziali, non è iscritto nella direttiva 93/13. Lo ha enunciato la CGUE, C-186/16, *Andriciuc* ed altri *c. Banca Românească*²⁹, nella cornice di un'intrasparenza maneggiata, alla tedesca maniera (§ 307, Abs. 1, 2 cpv.), da regola di validità.

Dal combinarsi dei due enunciati può già dedursi un primo risultato: la mutevolezza del diritto derivato nazionale è *in rebus* se il vincolo di conformità al diritto europeo opera *per come* la CGUE, *materialmente* diremmo, lo intende. Dopo di che, se già questo *relativizza* invasivamente il sistema delle fonti, c'è da considerare che ogni controllo diffuso di anticomunitarietà ha quale effetto il divenire di un ordinamento particolare come *sovraordinato* se il rinvio pregiudiziale è visto, *Bundesgerichtshof docet*, a guisa di un *essenziale* da esperirsi tutte le volte in cui residui il dubbio che un'interpretazione armonizzata *non può* essere garantita senza una rimessione³⁰. Gli è infatti, questo stiamo dicendo, che un rinvio pregiudiziale debordante³¹, inevitabilmente porta con sé l'eclissi delle Corti nazionali, trasformandole in «corti europee decentrate» ovvero in «periferiche» esaltanti, diremmo, un'ermeneutica giudiziale della conformità³².

²⁸ V. CGUE, 21 aprile 2016.

²⁹ V. CGUE, 20 settembre 2017.

³⁰ La vicenda che ha originato CGUE 19 dicembre 2013, *Endress c. Allianz Lebensversicherungs AG* (causa C-209/12) ha, al riguardo, del paradigmatico. Si discuteva, nella specie, sulla legittimità comunitaria dell'art. 5a, § 2, della legge tedesca sui contratti assicurativi (VVG), norma statuente l'estinzione del diritto di recesso quantunque l'assicurato consumatore non fosse stato correttamente informato, ai sensi dell'art. 31, terza direttiva assicurazione vita, decorso un anno dal pagamento del primo premio. Orbene, diversamente dall'approccio del TS spagnolo nella saga delle clausole *floor*, qui il *Bundesgerichtshof* non batte la via di sentenziare una disapplicazione, della norma interna sospettata di illegittimità, soltanto *de futuro*, preferendo un rinvio chiarificatorio ad una CGUE che, per la cronaca, non solo ha sentenziato la contrarietà della disciplina tedesca ma ha pure escluso che ivi si dessero i presupposti per restringere nel tempo gli effetti di una declaratoria di illegittimità.

³¹ Di un «proclive rinvio» alla CGUE quale segno tangibile di una *policy* delle Corti supreme nazionali a «disconoscere la propria legittimità ad interferire nella materia», discorre lucidamente S. Mazzamuto, *Il diritto post-moderno: un concetto inutile o addirittura dannoso?*, cit., p. 853.

³² I due felici neologismi sono, rispettivamente, di Antonioli, *Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Enc. dir.*, Annali I (Milano 2007), pp. 419 s. e 431 s. e di Nivarra, *A proposito di Eclissi del diritto civile di Carlo Castronovo*, in *Eur. dir. priv.*, 2016, p. 1194.

Ma continuiamo.

– Terzo, notoriamente è da *Freiburger Kommunalbauten* (C-237/02) che la CGUE ripete il recitativo per cui la valutazione *ex fide bona* di abusività di una clausola, ai sensi dell'art. 3, n. 1 dir. 93/13 è *affare* del giudice nazionale (§§ 21, 22 e 25). Non è però che il creativismo della CGUE non abbia trovato modo di aggiornare la c.d. lista nera: in *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, cause riunite da C-240/98 a C-244/98³³, la presunzione assoluta di abusività della clausola istitutiva di un foro del professionista è passata per la via di un sentenziare della CGUE sul merito della vessatorietà, senza rimettere una siffatta valutazione al filtro dell'art. 4, § 1 dir. 93/13. Tradotto, l'interpretazione autentica della CGUE può eccezionalmente veicolare, nell'ottica di una tutela dei cittadini dell'Unione in quanto consumatori (*Considerando* 5, 6 e 7 dir. 93/13), una declinazione conformativa del diritto europeo assecondante un rimedialismo *magis ut valeat*.

– Quarto, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid* (C-484/08) e *Pereničová e Perenic* (C-453/10)³⁴. Sono decisioni notissime: nella prima la CGUE ha sentenziato che l'art. 4, § 2 non è preclusivo di una normativa nazionale che non dovesse recepire la *price term exemption* giacché la direttiva 93/13 non impedisce l'adozione di un dispositivo istituzionalizzante un sindacato completo di vessatorietà. Gli è però che la suddetta eccezione, che garantisce, in conformità all'art. 8, «un livello di tutela effettiva più elevato di quello stabilito [dalla direttiva]» (§§ 42-44), è *affare* del legislatore e *non* delle Corti nazionali. Nella seconda, il registro argomentativo è simile: può darsi, in deroga al disposto dell'art. 6, § 1, dir. 93/13, la variabile di una nullità del contratto quantunque la clausola espunta, perché abusiva, non risulti oggettivamente essenziale. Ma, ecco che torna il punto, la premessa ineludibile è che sia una regola legislativa nazionale a statuire una siffatta nullità, decretandola a motivo di un'essenzialità soggettiva. Nella specie era l'art. 53 del codice civile slovacco, norma pienamente compatibile con un'armonizzazione che si esibisce, come la CGUE rimarca, a guisa di un dispositivo minimo e parziale.

Orbene, se valorizziamo questa seconda coppia di enunciati, ne possiamo trarre un altro risultato utile: sebbene infeudata nella finzione di un c.d. dialogo, la creatività nomofilattica della CGUE e delle Corti nazionali esibisce, in realtà, un perimetro di legittimità la cui latitudine è molto diversa. Gli è infatti che, al cospetto di un diritto derivato nazionale, confezionato

³³ V. CGUE, 27 giugno 2000.

³⁴ V., rispettivamente, CGUE, 3 giugno 2010 e CGUE, 15 marzo 2012.

a guisa di un dispositivo ritualizzante un livello minimo di tutela, nessuna Corte superiore può praticarne una disapplicazione per il medio di una *Drittwirkung* del principio di effettività della tutela consumeristica. Già ci è capitato di osservarlo altrove³⁵: il combinato disposto degli artt. 38 e 47 CDFUE è imprigionato entro il limite di una mediazione di livello infracostruzionale affidata al mantenere o introdurre delle «disposizioni più rigorose». Nessuna Corte nazionale può, perciò, convertire in *potere il dovere*, che senz'altro le è ingiunto, di decidere in ottemperanza alla lettera e alla *ratio* di una regola derivata conforme. Quando risulti tale, *quella* norma è infatti «proceduralmente valida»³⁶, e quindi *inderogabile*. Lo dice bene nelle Conclusioni a *Bankia S.A.*, C-92/16 l'A.G. Szpunar: se una nullità *del contratto* non si dà secondo il diritto applicabile di un ordinamento nazionale, la Corte suprema di quell'ordinamento non può sentenziarla argomentando da un principio europeo di effettività concretizzato alla stregua di una clausola generale³⁷. Gli è invero che l'*effetto utile* della tutela europea, che ogni giudice nazionale è tenuto a garantire, è indissociabilmente affidato al massimo risultato tipizzato dal legislatore in sede di recepimento. Tradotto, *se e fino* a quando risulti conforme, è la regola di fattispecie posta dalla legge che *misura* la modalità riconosciuta, a livello domestico, di realizzazione di un principio europeo.

3. Un diritto derivato giurisdizionalizzato quale via di fuga per governare la complessità? L'usbergo, per l'interprete, di un catalogo di fattispecie sintomatiche

Dunque, già tentando una rapida ricapitolazione, se, com'è, il diritto delle Corti figura tra gli oggetti che «*direttamente*» la CGUE va ormai stabilmente a sindacare³⁸, e la causa *Banco Popular Español* (C-7/16) rimpingua al riguar-

³⁵ V. Pagliantini, *L'armonizzazione minima tra regole e principi (studio preliminare sul diritto contrattuale derivato)*, in D'Amico, Pagliantini, *L'armonizzazione degli ordinamenti dell'Unione europea tra principi e regole. Studi*, Torino, 2018, pp. 35 ss.

³⁶ Così Castronovo, *Diritto privato e realtà sociale. Sui rapporti tra legge e giurisdizione. A proposito di giustizia*, in *Eur. dir. priv.*, 2017, pp. 783 e 785.

³⁷ Sarebbe questo il caso di una nullità totale rampollante da un'espunzione che, sebbene la clausola soppressa non sia *essenziale*, produce il risultato di un contratto *eccessivamente oneroso* per il professionista. Com'è risaputo una siffatta fattispecie è testualmente sancita dal § 306, § 3 BGB, ove da motivo per una (eccezionale) inefficacia del contratto (*Totalunwirksamkeit*) funge quella lacuna che implicherebbe il praticare un'integrazione manutentiva, tanto legale che giudiziale, causativa di un sacrificio imprevedibile (*unzumutbare Härte*) per una delle parti.

³⁸ V. D'Amico, *Interessi moratori e dintorni*, cit.

do un catalogo già ben assestato³⁹, ne dobbiamo tirare la conclusione che il diritto derivato nazionale non consta più soltanto di un succedersi di testi di legge ma è *giurisdizionalizzato* stante l'inclusione, nel suo perimetro, di un *diritto vivente* quale distillato di un'interpretazione consolidata di quelle Corti supreme che, nella cornice di un mutamento di paradigma in ordine alle fonti di produzione del diritto, sono adesso da riguardare come assurte piuttosto al rango di una *giurisprudenza normativa*?

Non è, sunteggiando così il discorso, una deduzione da scartare quantunque l'orizzonte casistico della CGUE presenti un così elevato tasso di complessità che qualsiasi enunciato razionalizzante tende – diremmo – quasi fisiologicamente ad incocciare nell'alea di tramutarsi in un dire dal sapore descrittivo.

Il catalogo che segue null'altro vuol essere, perciò, che una mappatura del modo in cui l'empirismo giudiziale della CGUE viene, attraverso una sequenza di fattispecie paradigmatiche, a *riconoscere* il diritto derivato statale, quale plesso normativo la cui interpretazione corretta rimane evidentemente, com'è del resto intuitivo, pertinenza esclusiva delle Corti nazionali.

Stipulativamente, come vedremo, è un quintetto di casi ma con il *caveat* che forse, compulsando con una maggior acribia, se ne potrebbe pure censire qualcuno in più.

4. La prima: quando una Corte suprema tipicizza in senso forte una clausola generale europea

La prima fattispecie, già menzionata in apertura, è così etichettabile: la stagione odierna è quella di un diritto derivato ibrido?

³⁹ CGUE, 5 luglio 2016, ordinanza. Da *Banco Popular Español* apprendiamo che sospetta di contrarietà al diritto europeo era un'interpretazione giurisprudenziale dell'art. 1535 del codice civile spagnolo quale disposto ostativo all'esercizio del diritto di riscatto, su un credito controverso, nell'ambito dello stesso procedimento di esecuzione forzata (del credito ceduto) avviato nei riguardi del debitore rimasto inadempiente. Detta norma, stando all'interpretazione consolidata del TS spagnolo, sarebbe infatti applicabile soltanto nel corso di un procedimento (di merito) e dunque *non oltre* la fase di accertamento giacché, alla lettera, un credito è qualificabile come controverso «dal momento in cui viene contestata la domanda giudiziale ad esso relativa» (*desde que se conteste a la demanda relativa al mismo*, art. 1535, § 2). È bene ricordare che l'art. 1535 *Código civil*, in caso di credito controverso e purché nel frattempo non sia stata soddisfatta per intero la pretesa del creditore, dà diritto al debitore di estinguerlo versando al cessionario una somma pari al prezzo che costui abbia corrisposto, unitamente alle spese eventualmente sostenute ed agli interessi decorsi dal giorno in cui il prezzo sia stato versato. Per la cronaca la CGUE ha qui bypassato la questione sulla scorta del rilievo che la dir. 93/13 non trova applicazione nel caso di clausole riproductive, com'era nella specie, di previsioni legislative (art. 1, § 2). V. *Barclays Bank*, C-280/13.

Sicuramente è una lettura, ed il caso che adesso esporremo lo mette ben in risalto, che ha un costo.

A fronte di un Allegato (lett. E) e di un diritto derivato nazionale (art. 85, § 6 LGDCU) affidanti una presunzione (relativa) di abusività della penale ad una clausola generale, un «importo sproporzionatamente elevato» (notiamo) è il recitativo che si legge in entrambi i disposti⁴⁰, una Corte superiore enuncia un principio di diritto che converte quella clausola generale in una regola di fattispecie, istituendo così una presunzione assoluta di vessatorietà per penali superiori di due punti percentuali il tasso convenzionale degli interessi corrispettivi. In cause riunite 96/16 e 94/17, *Banco Santander SA ed Escobedo Cortés*⁴¹, il *decisum* della CGUE va perciò a sindacare la conformità al diritto europeo *non* di una disposizione derivata bensì di una *sua* interpretazione giurisprudenziale additiva, nella specie rampollante da un tritico di sentenze del TS spagnolo pronunziate nell'anno 2015 per supplire, come si legge, alla carenza di «criteri legali dai quali discendessero regole chiare per la valutazione di [abusività] delle clausole [predisposte fissanti] il tasso degli interessi moratori [nei contratti di mutuo *b2c*]» (§ 15).

Domanda: per quale ragione la CGUE dovrebbe sindacare una giurisprudenza nazionale che, di primo acchito, non ha nulla di così sorprendente?, visto che, se la presunzione assoluta di vessatorietà non esclude che un'abusività in concreto possa darsi pure per la penale il cui importo non superi di due percentuali il tasso dei corrispettivi, non residua allora un qualche motivo perché una siffatta giurisprudenza dovrebbe suonare come eversiva. Se una *non conformità* la si ha soltanto nel caso in cui si desse un criterio *comprimente* il potere di accertamento giudiziale della vessatorietà, quando viceversa si abbia un'interpretazione che *tipicizza* ma non espropria, la conformità diremmo è *in re ipsa* giacché, in termini di effettività della tutela consumeristica, qui a darsi è un *plus* e non un *minus* di protezione. Dov'è allora, così stando le cose, che si radica la ragione di un rinvio pregiudiziale il cui esito di *non contrarietà* era, diremmo, plausibilmente pronosticabile?

Onde evitare di disperdere il ragionamento, può essere di una qualche utilità affidare il fluire del discorso al dipanarsi di tre notazioni d'insieme. Nell'ordine:

1. Quale forma di tipizzazione a *fattispecie esclusiva*, la regola del TS spagnolo decampa, in effetti, dal disposto dell'art. 4, § 1, dir. 93/13 in quanto

⁴⁰ Parimenti nell'ordinamento italiano, com'è risaputo, la lett. *f* dell'art. 33, comma 2, c. cons. recita di una presunzione relativa di vessatorietà laddove la penale sia di un «*importo manifestamente eccessivo*».

⁴¹ V. CGUE, 7 agosto 2018, cit.

un'abusività rigidamente automatica osta a che delle penali sopra – soglia possano mai, in virtù dell'economia complessiva del singolo contratto, mostrarsi come *valide* (§ 52). La concretizzazione del TS spagnolo è infatti tale che la corresponsione di interessi moratori convenzionali superiori di due punti percentuali è *sempre* riguardata come *illicita*, quale che sia (stiamo dicendo) l'ammontare, di volta in volta previsto, degli interessi corrispettivi. Ora, ed ecco il punto, a dare per buono che un'interpretazione delle Corti supreme *vincoli*, ne dovremmo ricavare che qui a palesarsi sia una regola pretoria che va obliquamente ad impingere nel disposto dell'art. 8 dir. 93/13. Quantunque infatti non abbia valore di legge, se un'interpretazione di una Corte superiore esibisce una «forza di esemplarità»⁴², allora coniano una presunzione assoluta di vessatorietà il TS spagnolo è *come se* avesse elaborato una clausola «nera» in aggiunta a quelle fissate dalla legge. Non stiamo dicendo, *cave!*, che i precedenti di una Corte superiore siano assimilabili alle *disposizioni* di cui fanno menzione gli artt. 8 ed 8-bis della direttiva 93/13 giacché, se i giudici di rango inferiore possono discostarsi dall'interpretazione di una Corte suprema, tecnicamente quella lista nera, come pure la CGUE prontamente riconosce (§ 69), non ha subito un qualche accrescimento giudiziale. Continua ad essere vero perciò, se le Corti nazionali non sono fonti del diritto, che la deroga *in melius* non può praticarsi per via giudiziale. «Disposizioni», come già ricordato in cause riunite *Gutierrez Naranjo* e a. (C-154/15, C-307/15 e C-308/15)⁴³, è fonema che non conosce equipollenti. Epperò, non è meno vero che se riconosciamo, come in effetti è, che una giurisprudenza consolidata di una Corte superiore è munita di un sicuro «valore di orientamento» (§ 56)⁴⁴, allora ha del ragionevole dedurne che operativamente una regola di giudizio tipizzata, nella misura in cui fosse enunciata nell'interesse della legge (art. 363, c. 3, c.p.c.), è *come se* novellasse il perimetro della lista nera. Il diritto derivato, in un contesto siffatto, diventa un articolato le cui fonti di produzione non sembrano fare direttamente capo soltanto ad un *testo di legge*, annoverando pure delle *regulae iuris* foggiate da una sentenza o da una serie di sentenze.

2. Com'è di un'evidenza intuitiva, la variabile di conformità, che la CGUE ha ritenuto nella specie si desse, sta tutta in realtà nel fatto che la regola del TS spagnolo è stata vista per l'appunto come ritualizzante un rimedio che si *aggiunge*, senza dunque sostituirsi, alla clausola generale europea e derivata. Diversamente, se cioè si fosse ritenuto che la presunzione assoluta *validava*

⁴² V. *Conclusioni* dell'AG. Wahl.

⁴³ V. CGUE, Grande Sezione, 21 dicembre 2016.

⁴⁴ V. *Conclusioni* dell'AG. Wahl.

per riflesso tutte le penali sotto-soglia, ne sarebbe scaturito un rimedio *extra ordinem* (§ 67): che, a quel punto, la CGUE reputiamo sia pienamente legittimata a censurare in quanto, se non si provvedesse a sindacare il modo in cui le Corti nazionali declinano il loro diritto derivato, il ritaglio che avremmo sarebbe quello di contemplare surrettiziamente una zona franca per una (possibile) deroga *in peius*. Gli è infatti che un principio di diritto cristallizzato, se da un lato può condurre a rafforzare il livello di protezione del consumatore, può dall'altro divenire l'occasione, se ci si discosta da un'interpretazione autentica che la CGUE dia di una direttiva, per praticare un distinguo *incompatibile*, se minimizzante l'*upgrading* o l'*enforcement* di tutela stabilmente sentenziato in sede europea. La sorte della penale abusiva è, al riguardo, paradigmatica: se la penale cade, sono dovuti soltanto gli interessi corrispettivi in quanto, come la CGUE trova qui modo di ribadire, un'interpretazione delle Corti nazionali che avallasse un'integrazione dei moratori al tasso sancito per via dispositiva (art. 114, § 3 *Ley Hipotecaria*), produrrebbe il risultato di innescare un trattamento che, rettificando il contenuto della clausola, verrebbe in realtà a definire *restrittivamente* quell'effetto di soppressione integrale degli interessi moratori che la CGUE ha reputato essere il più congeniale ad ottimizzare il tasso di *Abschreckungseffekt* che deve costitutivamente assistere, ai sensi dell'art. 7 dir. 93/13, ogni rimedio nazionale di contrasto all'utilizzo di clausole abusive⁴⁵.

3. Quantunque una regola nazionale derivata vi sia, se la sua vaghezza produce nello stesso tempo una «grande incertezza [...] e un'arbitraria disparità di trattamento tra i consumatori» (§ 15), una Corte suprema nazionale ha dunque il potere, nell'esecuzione della sua funzione di nomofilachia, di implementare un diritto derivato conforme. È questo il succo di *Banco Santander SA ed Escobedo Cortés*, un arresto dal quale può allora trarsi la deduzione che una regola pretoria *può affiancarsi* ad una norma senza fattispecie se il risultato, in termini di diritto applicabile, è un maggior effetto utile per il consumatore. La preclusione ad un siffatto innesto la si dà, questo alla fine la CGUE dice, solo quando quella *regula iuris* dovesse esibirsi come un principio formalizzante la sola specie di abusività comminata *in tutti* i casi in cui il professionista dovesse fare uso della clausola impugnata.

⁴⁵ Come si legge in *Banco Español de Crédito*, C-618/10, i «giudici nazionali sono *tenuti [...] ad escludere* l'applicazione di una clausola contrattuale abusiva affinché non produca effetti vincolanti nei confronti del consumatore, *senza essere autorizzati a rivedere il contenuto della medesima*» (§ 65, c.vo aggiunto).

5. La seconda: il caso *Biuro podrózy «Partner»* e il primato di una legalità formale

La seconda fattispecie, non meno succosa, è sintetizzabile così: legalità formale vs. diritto vivente, ovvero quanto può innervarsi *ope interpretationis* il sintagma «armonizzazione minima»? Ricostruiamo rapidamente la narrativa del fatto.

A fronte di un diritto derivato nazionale che affida il recepimento dell'Allegato, di cui all'art. 3, § 3, dir. 93/13, ad un registro, riportante le c.g. ritenute illecite e tenuto dall'Autorità competente in materia di concorrenza e di consumatori, un professionista contesta la legittimità di una sanzione pecuniaria comminatagli a seguito dell'utilizzo di c.g.c. reputate parimenti illecite in quanto date per equivalenti a quelle annotate, perché abusive, in detto registro. Per la cronaca è il caso *Biuro podrózy «Partner»*, causa C-119/15⁴⁶, stilizzante una vicenda ruotante intorno all'interrogativo inedito se una sentenza, accertante l'abusività *per relationem* di una c.g.c., può statualmente venire rivestita di un'efficacia *erga omnes*, con il risultato di vincolare per riflesso pure i professionisti che non siano stati parte del procedimento giurisdizionale. Non è, lo notiamo subito, un interrogativo da poco visto che «disposizioni» è il lemma del recitativo che si legge nell'art. 8 dir. 93/13 e la stessa formula, come sappiamo, di «disposizioni», contenenti «liste di clausole contrattuali che devono essere considerate abusive», torna nell'art. 8 *bis*, norma inequivoca nello statuire che una lista nazionale di clausole vessatorie vada perciò confezionata «in via legislativa, ossia tramite una legge o norme amministrative adottate in forza della legge» (§ 54)⁴⁷. Qui invece, se dovesse ammettersi la legittimità di un giudicato *ultra partes*, quale è da supporre che nella specie fosse quello reso *in abstracto* dal Tribunale per la tutela della concorrenza e dei consumatori (SOKiK), come risultato avremmo quello di una *giudizialità* di siffatte liste in quanto sarebbero le Corti, in un contesto siffatto, ad aggiornarle periodicamente, confezionando degli elenchi di clausole bandite o perché reputate abusive o in quanto giudicate equipollenti ad altre già figuranti nel registro delle clausole vessatorie.

Il problema, come si potrà notare, non sta dunque nel chiedersi se la confezione di un elenco di clausole abusive possa avvenire annotandovi *altre* clausole, *diverse* da quelle contemplate nell'Allegato, la cui abusività sia dichiarata giudizialmente. Com'è risaputo, l'allegato non ha infatti una natura tassativa e del resto, come si legge nel 17 Considerando, è la stessa direttiva 93/13 che ne assicura l'integrabilità tutte le volte in cui riconosce che, fuori

⁴⁶ CGUE, 21 dicembre 2016.

⁴⁷ V. *Conclusioni* dell'AG. Saugmandsgaard Øe.

dall'Allegato ma alle condizioni prescritte dagli artt. 3 e 4, § 1, sia decretabile un'abusività *in concreto*. Dunque, proviamo a dirlo così, qui revocata in dubbio non è la circostanza ovvia che la capacità di *inventio* delle Corti nazionali possa esercitarsi ottimizzando la flessibilità lessicale delle singole lettere in cui si scompone l'Allegato. Ogni abusività è sempre da rapportare al contesto circostanziale del singolo contratto e potrà pure essere che lo stesso tipo di clausola rilevi diversamente nell'economia della singola fattispecie (*Invitel*, C-472/10, § 25 ed *Aziz*, C-415/11, § 70). Come si legge nei due precedenti di *Freiburger Kommunalbauten* (C-237/02) e *Commissione v. Svezia* (C-478/99)⁴⁸, l'elenco «figurante in allegato alla direttiva non mira a riconoscere ai consumatori diritti eccedenti quelli derivanti dagli artt. 3-7 della direttiva» (§ 21)⁴⁹. Il dubbio, com'è facile intuire, alligna così altrove ed è sintetizzabile nel seguente modo: *ope iudicis* è modificabile un diritto derivato nazionale, che sia pedissequamente riproduttivo dell'Allegato, in un senso che risulti più favorevole al consumatore?, ad es. allargando le maglie dell'abusività rispetto alle fattispecie di cui alle ll. F, M ed O? Potrebbe, al riguardo, immaginarsi una Corte superiore che riscrive, *in melius* per il consumatore, il perimetro di liceità della penale ovvero che formalizza più severamente lo statuto delle clausole attributive al professionista di uno *ius variandi*.

Facile, al riguardo, la deduzione: è vero che un diritto derivato nazionale a doppio volto ottimizza, nel senso che lo potenzia, lo standard di tutela del consumatore. Epperò non è meno esatto notare che un diritto derivato nazionale ad integrazione giudiziale sfilaccerebbe quel principio di «certezza del diritto, il quale fa parte dei principi generali del diritto dell'Unione» (§ 57)⁵⁰, con un evidente detrimento di imprevedibilità per le imprese. In realtà, quantunque sia fondata sull'autonomia procedurale degli Stati membri, la direttiva 93/13 non sembra invero ritualizzare un dispositivo che attribuisca a quegli Stati una «libertà assoluta» (§ 41) nella *policy* governante la deroga *in melius*. E così torniamo al punto: se dovessimo riconoscere che può aversi un dispositivo nazionale contemplante un giudicato di abusività *ultra partes*, vero che si materializzerebbe un regime che contrasta efficacemente le clausole abusive, e però non potremmo più ragionare di un monopolio della legalità formale nel predisporre delle liste che, se adottate in forza dell'art. 8, «possono avere», diversamente dall'Allegato, «un effetto vincolante» (§ 53). Gli è infatti

⁴⁸ V., rispettivamente, CGUE, 1 aprile 2004 e CGUE, 7 maggio 2002.

⁴⁹ Come viene poi chiarito in *Invitel* (C-427/10), se è vero che «il contenuto dell'allegato [...] non può stabilire automaticamente e di per sé il carattere abusivo di una clausola controversa, esso costituisce tuttavia un elemento essenziale sul quale il giudice competente può fondare la sua valutazione del del carattere abusivo di tale clausola» (§ 26).

⁵⁰ V. *Conclusioni* dell'AG. Saugmandsgaard Øe e CGUE, 7 maggio 2002, *Commissione v. Svezia*, cit. § 18.

che, per il medio di un giudicato *ultra partes*, avremmo allora delle Corti nazionali deputate, in luogo del legislatore, a coniare casisticamente «una lista “nera” sulla base della quale [sanzionare] l’impiego [di] clausole [vessatorie] (§ 55)»⁵¹. Ora, se torniamo al recitativo europeo, è per il medio esclusivo di una *disposizione*, ergo una sentenza non tornerebbe utile allo scopo, che viene ad essere consentita una disciplina nazionale che dovesse estendere la «valutazione di abusività a clausole contrattuali negoziate individualmente o all’adeguatezza del prezzo o della remunerazione» (art. 32 dir. 2011/83/UE). Tradotto, se è incontestabile che l’istituzione di un siffatto registro sia compatibile con il diritto dell’Unione, non lo è di meno rilevare che il primato della legge statale ritualizza un principio di legalità nell’accezione istituzionale classica di una «posizione sotto ordinata» del diritto delle Corti⁵².

Per la cronaca, la CGUE ha ivi messo in non cale l’idea di un giudicato siffatto, per una marchiana lesione che, in effetti, altrimenti si avrebbe del diritto di difesa dei professionisti (§ 27), i quali non possono venire espropriati della facoltà di provare che la clausola impugnata «non crea, nelle particolari circostanze, un significativo squilibrio a danno del consumatore» (§ 63)⁵³. *Invitel docet* d’altra parte⁵⁴: è vero che, nella causa C-472/10, la CGUE ha trovato modo di statuire che, in sede di azione inibitoria collettiva, l’accertamento di una nullità fa stato nei riguardi di *tutti* i consumatori, che abbiano stipulato contratti includenti le clausole riconosciute come abusive, donde come si sa la pacifica ricomprensione in quel perimetro pure di quei consumatori che non siano stati parte del procedimento inibitorio. Se non fosse che una siffatta estensione del giudicato si deve, in realtà, all’effetto utile di un’azione inibitoria, che scemerebbe se il divieto di utilizzo di clausole bollate come vessatorie non ricomprendesse *tutti* i contratti di quel professionista, con il tutti ad indicare che in *nessuno* dei suoi contratti potrà più figurare la clausola riconosciuta come abusiva. Diversamente, com’è intuitivo, avremmo l’effetto perverso di una stessa clausola che, rispetto a taluni consumatori *vincola*. Tradotto, allora, il giudicato di *Invitel* è da riguardarsi come *ultra partes* al fine di massimizzare l’effetto utile di una non vincolatività (art. 6 dir. 93/13) che, altrimenti, verrebbe a rivelarsi *intermittente*. Ma, ecco il punto, se quale legittimato passivo rimane il solo professionista soccombente, è *in rebus* che non si dia il problema di un giudicato che vada a sporgere sul disposto dell’art. 8. Ergo *Invitel* ottimizza la tutela consumeristica senza innescare l’alea di una mancata prognosi del contesto giuridico nel quale i singoli professionisti si troverebbero ad operare.

⁵¹ V. Conclusioni dell’AG. Saugmandsgaard Øe.

⁵² Cfr. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, cit., p. 11.

⁵³ V. Conclusioni dell’AG. Saugmandsgaard Øe.

⁵⁴ CGUE, 26 aprile 2012, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. Invitel Távközlési Zrt.*

Se volessimo tirare un corollario da *Biuro podrózy «Partner»*, potremmo perciò renderlo così: il diritto derivato nazionale è quello *legislativo*. Se poi è di pertinenza della CGUE scegliere tra due interpretazioni possibili del diritto interno, viene fatto di pensare che le Corti nazionali neanche siano più libere in realtà di enunciare un principio di diritto nell'interesse della legge in quanto la loro nomofilachia creativa dev'essere *sempre* comunitariamente orientata. *Cave*: in quest'ultima locuzione i principi sanciti da una giurisprudenza costante della CGUE sono, naturalmente, da ricomprendere a pieno titolo.

6. La terza, che è più un mosaico: la saga spagnola delle clausole di risoluzione anticipata

La terza fattispecie, senz'altro la più complessa, prende le mosse da cause riunite 70/17 e 179/17, rispettivamente *Abanca Corporación Bancaria* e *Bankia S.A. c. Lau Mendoza*, con l'appendice contigua, che impinge nello stesso lotto di problemi, di C-92/16, C-486/16 e C-167/16. Le si possono raggruppare intorno al seguente interrogativo: di un'interpretazione conforme *v.* un ordine pubblico di direzione?

A fronte di una clausola di risoluzione anticipata, la cui abusività è ormai pacifica, un'interpretazione consolidata del TS spagnolo viene a maneggiarla come parzialmente valida in quanto la soppressione involgerebbe il solo motivo che la rende abusiva: di qui una risolubilità, letteralmente azionabile al mancato pagamento di una qualsiasi rata dell'obbligazione restitutoria *ex mutuo*, che rimane validamente esperibile nella versione che la vede ancillare al mancato adempimento di «alcune rate», una formula questa che è in realtà il TS ad interpolare nel corpo della clausola sperimentando così una tipica forma di riduzione conservativa rettificante giudizialmente il contratto. Non si è infatti dalle parti, anzi il travisamento è fin troppo scoperto, della regola tedesca di una *Teilbarkeit der Klauseln*⁵⁵, quale fattispecie esemplificante come si sa un vizio che, inficiando non la totalità di una pattuizione ma soltanto una sua frazione, porterebbe al separarsi della parte non abusiva da quella abusiva.

Orbene, detto che una divisibilità la si avrebbe nel caso in cui la clausola risultasse confezionata enumerando separatamente le cause per una scadenza anticipata, a guisa così di una risolubilità subordinata all'inadempimento

⁵⁵ Com'è risaputo una regola siffatta postula, invero, l'*immutabilità* di senso della clausola emendata della sua parte abusiva, all'insegna di un *blue pencil test* rigettante qualsiasi forma di integrazione per via dispositiva giacché diversamente avremmo, in luogo di un senso invariato, un significato giuridico *nuovo*. V., da ultimo, BGH, 10 ottobre 2013 e 18 gennaio 2017.

di «una, di alcune ovvero di tutte le rate» giacchè qui manifestamente il depennare il primo motivo di caducazione non si trasmetterebbe agli altri in quanto ognuno si lascerebbe riguardare come una fattispecie autonoma e dissociabile⁵⁶, viene fatto di osservare che la riscrittura conservativa di una clausola indivisibile apertamente stilizza viceversa un'interpretazione che collide col modo in cui la CGUE legge, fin da *Banco Español de Crédito*, C-618/10, l'art. 6, § 1, dir. 93/13. Gli è infatti che, se il «non vincolano» del recitativo è da intendere nel senso tipicizzato di un'inesistenza della clausola abusiva, la quale non può produrre alcun genere di effetto nei confronti del consumatore, un'interpretazione nazionale che, in luogo di un ripristino dello *status quo ante*, mitigasse l'abuso, scopertamente legalizzerebbe un *peius* in quanto verrebbe a parcellizzare «l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive» (CGUE, *Gutiérrez Naranjo*, § 60)⁵⁷. È questo il motivo principale, torniamo a ripeterlo⁵⁸, dell'ostracismo decretato, almeno nell'area dei contratti *b2c*, per ogni forma di *geltungserhaltende Reduktion*. Dopo di che, *nulla quaestio* sul fatto che l'immagine di una vessatorietà a statuto debole potrebbe riconnettersi al primato di un ordine pubblico di direzione, nell'ottica di una validità parziale praticata quando *interest rei publicae* per dribblare così l'effetto perverso di una tutela forte del consumatore che diventerebbe l'occasione di un pregiudizio all'interesse generale. Vista da questa angolazione, una riduzione conservativa potrebbe pure starci *in via di eccezione* se il posporre di un'inesistenza giuridica si rivela funzionale a che non si attenti all'efficienza di un sistema bancario nazionale che potrebbe reagire con politiche di contrazione «del credito, rendendo estremamente difficile l'accesso alla proprietà» (§ 63). Insomma, questo andiamo dicendo, per casi *extra ordinem*, non sarebbe eversivo che una Corte superiore potesse risolversi a disporre degli effetti di un rimedio quale *controlimite* scongiurante gli effetti perniciosi di un diritto privato regolatorio del mercato. In quanto eccezione ottimizzante un interesse generale, la variabile di una validità parziale camuffata, in quanto è vero che la riscrittura giudiziale della clausola qui avverrebbe adeguandola al diritto dispositivo (art. 693, § 2 LEC), non sporgerebbe. Più banalmente avremmo lo *ius singulare* di una riduzione conservativa che si affianca ad una regola, più *consumer oriented*, di una caducazione *nuda*, perché pura e semplice.

⁵⁶ V. *Conclusioni* AG. Szpunar, §§ 99-100.

⁵⁷ CGUE, 21 dicembre 2016.

⁵⁸ V., per chi lo volesse, Pagliantini, *Vecchio e nuovo sull'integrazione del contratto abusivo nel prisma armonizzato delle fonti (partendo da un caso recente), con una postilla sulla sistematica attuale dell'integrazione*, in D'Amico, Pagliantini, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, Torino, 2015, pp. 84 ss.

Ciò che andiamo dicendo dovrebbe essere chiaro, ma forse l'insisterci su non stropia. In effetti, se l'art. 6, § 1 viene letto come una norma a *fattispecie esclusiva*, in quanto formalizzerebbe un test di *autosufficienza* del contratto purgato della clausola viziata, vien poi da sé che un'integrazione dispositiva potrà darsi soltanto nei casi in cui non sia giuridicamente possibile, in applicazione del diritto nazionale comune⁵⁹, una nullità parziale del contratto vista quale mera sottrazione/rimozione della clausola abusiva. Espressivamente è questa la cifra di *Kásler e Káslerné Rábai* (C-26/13)⁶⁰: se se si dà per buono che l'art. 6, § 1 non consente alcuna modifica del contratto in aggiunta a quella originata dalla soppressione della clausola, è *in rebus* che l'integrazione dispositiva si lasci riguardare come uno strumento ritualizzante una *tecnica di protezione* in quanto opera per evitare quella *nullità del contratto* che, se la lacuna sopravvenuta è oggettivamente causa di un'ineffettualità dell'accordo, può davvero esibirsi (in talune operazioni) da fattispecie produttiva di conseguenze *più pregiudizievoli* per il consumatore. Ora, come può facilmente intuirsi, una clausola di risoluzione anticipata non è però un *essenziale negotii* il cui *deficit* succedaneo privi il contratto della sua coercibilità: *ergo*, senza lo scudo di un controlimite, non vi può essere modo di impedire il risultato di una clausola che, ove ne sia stata riconosciuta la vessatorietà, va senz'altro espunta dal contratto, pregiudicando così irreversibilmente quel procedimento di esecuzione ipotecaria che fosse stato nel frattempo avviato.

Torniamo così al punto: interpretazione conforme *v. ordine pubblico di direzione?*, da cui il principio di diritto che, *quando serve*, l'effetto dissuasivo dell'art. 7 è maneggiabile in *senso debole*; con il risultato però, se questo fosse lo scenario imbastibile, che quella, enunciata in *Kásler e Káslerné Rábai*, non sarebbe più l'*unica* eccezione ad una regola generale di una nuda nullità parziale che, per la CGUE, è un obbligo teleologico ottimizzante un modello di mercato efficiente. Gli è infatti che, se quando il contratto asimmetrico sia *autosufficiente e si tratti di arricchirne gli effetti*⁶¹, si disloca giudizialmente la tutela *fuori* dal perimetro del diritto comune, allora la *policy* che si vuol mettere in forma, diventa scopertamente quella di esaltare la cifra delle *norme dispositive* come modello di regolamentazione ideale. Niente di stupefacente, naturalmente: la CGUE sta praticando un modulo interpretativo incentivante un'assenza di deroga *a monte*, sul presupposto che il penalizzare il profes-

⁵⁹ V. *supra* § 2, *in fine*.

⁶⁰ CGUE, 30 aprile 2014.

⁶¹ Il che non dovrebbe suonare poi così *sui generis*, almeno se si rammenta che la figura dell'integrazione aggiuntiva, nella versione dell'addizione di effetti ulteriori «rispetto al contenuto di una determinazione già in sé compiuta» (così G. Gabrielli, *Norme imperative e integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1993, p. 500), è largamente sperimentata a livello codicistico, come attesta per es. l'art. 1671.

sionista parcellizzi le fattispecie di abuso. In controluce, così, l'immagine che questo argomentare restituisce è in realtà quella di un diritto dispositivo che, nell'area della contrattazione asimmetrica, diventa *cripto-imperativo*, all'insegna di una sua riscoperta effettività.

7. La quarta: C-167/16, a mo' di appendice di quella saga

La quarta fattispecie, C-167/16, evoca una delle tante cifre in cui si scompone, come notavamo, la saga spagnola delle clausole di risoluzione anticipata.

Pendente un procedimento speciale di esecuzione ipotecaria (art. 693 LEC), originato da una clausola apertamente abusiva, un'interpretazione consolidata del TS spagnolo ne consente la prosecuzione motivando dalla circostanza che una sopravvenuta improcedibilità porterebbe all'instaurazione di un procedimento di cognizione meno favorevole per il consumatore debitore. Dunque, se l'*optimum* per il consumatore è il proseguimento dell'esecuzione ipotecaria nonostante la documentata vessatorietà della clausola che ne legittima l'avvio, dovrebbe essere nell'interesse del consumatore che detta clausola vincoli.

Ora, supponiamo che il *dictum* del TS, sebbene la questione sia controversa⁶², corrisponda al vero. Qui, sulla premessa che il procedimento speciale sia più vantaggioso per il consumatore, potrebbe in effetti materializzarsi una complicazione inedita in quanto l'interpretazione del TS verrebbe ad assicurare un risultato più favorevole al consumatore di quanto non avremmo applicando la direttiva 93/13 per come declinata da una CGUE assimilante, come si è veduto, la non vincolatività ad una forma di inesistenza giuridica, donde una clausola vessatoria riguardata come se fosse geneticamente inefficace ed un consumatore visto come titolare del diritto soggettivo perfetto al ripristino della situazione, «di diritto e di fatto, in cui egli si sarebbe trovato in mancanza di tale clausola» (Naranjo, § 58). Ecco, perciò, l'interrogativo: ci si può discostare da un'ermeneutica della conformità quando l'interpretazione nazionale sia *più favorevole*? Anziché una manipolazione arbitraria del

⁶² L'apparato argomentativo è lucidamente esposto nel rinvio pregiudiziale del *Juzgado de Primera Instancia* di Barcellona nella causa C-179/17, al quale si rinvia. Gli è infatti, sunteggiando così la questione, che l'art. 1124 del *Código civil*, quale norma generale in tema di risoluzione per inadempimento, potrebbe venire riguardato come un disposto inapplicabile al contratto di mutuo, essendo questo un contratto reale ed unilaterale che si perfeziona soltanto con la consegna del denaro. Una siffatta interpretazione, si fa notare, aleggia nella giurisprudenza del TS spagnolo, ragion per cui, se a questa si stesse, nel giudizio di cognizione il consumatore «potrebbe ottenere una pronuncia di rigetto della domanda di risoluzione e risarcimento» proposta dal professionista, con il risultato di «non poter più ritenere la prosecuzione dell'esecuzione ipotecaria come *più vantaggiosa*» (c.vo aggiunto).

diritto europeo, saremmo qui al cospetto di una singolare forma di deroga *in melius* confezionata *ope iudicis*.

Può essere che un diritto di interpello⁶³, siccome l'art. 693, §§ 2 e 3 LEC associa al diritto potestativo del creditore un potere di correzione del debitore, venga ad esibirsi come un *commodus discessus* che tutto tiene, rimettendo così al consumatore la scelta quanto alla convenienza od alla praticabilità di un adempimento tardivo che soltanto il procedimento speciale parrebbe annoverare, entro la data della vendita all'asta, quale facoltà del debitore. Alla maniera infatti di *Banif Plus Bank Zrt* (C-472/11) avremmo ivi un giudice nazionale che, applicando il principio del contraddittorio (*VB Pénzügyi Lízing*, §§ 47 e 49), prima di espungere la clausola accertata d'ufficio come vessatoria, interpella il consumatore e lo invita a pronunciarsi sul se intende «invocarne la natura abusiva e non vincolante» (§ 27 e, prima ancora, *Pannon GSM*, §§ 33 e 35). Sul piano per così dire istituzionale, lo scenario conseguente, proviamo a dirlo così, non si esibirebbe come un'anomalia. Come in *Banif Plus Bank Zrt* l'interpello verrebbe infatti ad ottimizzare la volontà espressa da un consumatore che se dichiara, quantunque sia stato reso edotto della sua natura abusiva, di volersi avvalere di *quella* clausola, *hic et nunc* sta allora sulla medesima rinnovando un «consenso libero e informato» (§ 35). Per la cronaca, pure in *Banif Plus Bank Zrt*, sospettata di abusività era una clausola che legittimava ad una risoluzione anticipata del contratto di finanziamento a causa dell'inadempimento del mutuatario consumatore. Quand'è così, *nihil novi sub sole*?

8. Quinta fattispecie e l'equivoco principialista: *Duarte Hueros c. Autociba SA*. La CGUE, nella stagione dei rimedi, come C. cost. 248/2013 e 77/2014? Analogie e differenze

Quinta fattispecie, che censiamo a mo' di epilogo (non di maniera del discorso): *Duarte Hueros c. Autociba SA*, C-32/12⁶⁴, ovvero diremmo l'illusione ottica di un parallelismo principialista tra CGUE e Corte costituzionale.

Anche qui i fatti di causa sono notissimi: una domanda di risoluzione (del contratto) infondata, giacché il difetto di conformità allegato dal consumatore si presentava come di lieve entità (v. il nostro art. 130, c. 10 c. cons.),

⁶³ V. Conclusioni AG Szpunar, §§ 128-136.

⁶⁴ V. CGUE, 3 ottobre 2013, consultabile in *Riv. dir. proc.*, 2015, pp. 243 ss., con nota di Gozzi, *Codice del consumo e Direttiva 1999/44/CE. Risoluzione del contratto e riduzione del prezzo nella compravendita: i poteri del giudice*.

con il gioco combinato di due preclusioni processuali, rispettivamente il divieto di una *mutatio libelli* e il giudicato che copre il dedotto e il deducibile a spogliare di tutela un consumatore che neppure si era avvalso, nella specie, della strategia di un cumulo condizionato di domande, con un'estimatoria subordinata perciò al rigetto della domanda redibitoria⁶⁵. Il risultato era quello, come si sa, di un *deficit* di tutela che mandava esente da qualsiasi responsabilità un professionista comunque inadempiente visto che era documentato in atti che il consumatore ricorrente non aveva *medio tempore* ottenuto la riparazione del difetto.

Ora, l'opinione maggioritaria vuole che la CGUE, sentenziando una riducibilità officiosa del prezzo⁶⁶, abbia messo in forma una terza via principialista bypassante l'opzione di una disapplicazione dell'una o dell'altra preclusione, *in quanto normative nazionali non conformi*, onde far sì che il consumatore «possa esercitare i suoi diritti» (§ 30)⁶⁷. Dopo di che, se la si inquadra da questa angolazione, «Duarte Hueros può in effetti riguardarsi come l'ennesima epifania di quel paternalismo...» che «pretende in ogni caso un rimedio per il consumatore»⁶⁸. Gli è infatti che, nella cornice di un contropotere giudiziale responsabilizzante il professionista perché il consumatore, in quanto soggetto vulnerabile, più di tanto non lo è, una riduzione del prezzo disposta *ex officio* ha dalla sua un innegabile vantaggio empirico: quand'anche infatti fosse possibile avviare un nuovo processo nel quale domandare la suddetta riduzione, concedendola in prima battuta si evita al consumatore di perdere «*du temps e de l'argent*»⁶⁹. Tanto l'una che l'altra, notoriamente, sono infatti due diseconomie.

E non solo. Se si fa di *Duarte Hueros* una sentenza principialista, la critica rivoltale da una raffinata dottrina⁷⁰, non si mette tra parentesi il principio

⁶⁵ Notiamo così che la normativa spagnola, a quanto è dato comprendere, ammette ciò che il diritto italiano, dopo il *dictum* delle S.U. 1988, n. 2565, in *Foro it.* 1988, I, pp. 2975 ss., esclude invece recisamente, cioè l'ammissibilità della domanda di risoluzione proposta in via subordinata ad una domanda principale di risoluzione, il tutto sulla premessa che l'art. 1490 detti una «disciplina della materia completa e non integrabile con le regole dell'art. 1455 c.c. sull'importanza dell'inadempimento»: e di qui, com'è risaputo, un compratore che deve scegliere tra l'una e l'altra.

⁶⁶ V. Hartkamp, *Ex Officio Application in Case of Unenforceable Contracts. EU Law and National Law Confronted*, in *English and European Perspectives on Contract and Commercial Law. Essays in Honour of Hugh Beale*, a cura di Gullifer, Vogenauer, Oxford 2014, pp. 467-484.

⁶⁷ V., nella letteratura straniera, in special modo, S. Jansen, *Price Reduction as a Consumer Sales Remedy and the Powers of National Courts: Duarte Hueros*, in *Common Market Law Rev.*, 2014, pp. 975 ss.,

⁶⁸ Così Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015², pp. 332 s., nt. 656.

⁶⁹ Cfr. Aubert de Vincelles, *L'office du juge toujours renforcé: nouvelle illustration en matière de sanction dans la vente*, in *RDC*, 2014, pp. 93 ss., spec. 97.

⁷⁰ V. Camardi, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, cit., pp. 102-104.

della corrispondenza tra chiesto e pronunciato quando l'interesse dedotto in giudizio *non sia* di ordine pubblico bensì *disponibile*, è innegabile che colga persuasivamente nel segno. Non è revocabile in dubbio che una riducibilità officiosa, assecondante la primazia di un diritto disponibile, venga a formalizzare scopertamente un *eccesso di tutela* destrutturante nel contempo tanto delle regole di fattispecie (artt. 216, 218 e 412, § 1 LEC) che dei principi (art. 400 LEC). Se può bypassarsi il principio dispositivo, riconoscendo officiosamente al consumatore *quel* rimedio che costui non ha domandato, siamo apertamente nei dintorni di un eccesso di rimedialismo che attenta alla calcolabilità di un qualsiasi dispositivo giudiziale⁷¹. Né, e lo dice bene l'AG Kokott, varrebbe il parallelismo con il rilievo officioso amministrato dalla direttiva 93/13, se è vero che questo si iscrive nella cornice di un effetto dissuasivo, volto ad abbattere l'utilizzo di clausole abusive, un *Abschreckungseffekt* irriproducibile nel campo di azione di una direttiva 99/44 dove il difetto, al contrario di un'abusività, è *riconoscibile* dal consumatore e nel contempo, se il professionista alienante non è il produttore della cosa venduta, non si vede quale convenienza dovrebbe avere quel venditore a speculare sull'inerzia o sull'errore del consumatore. Insomma, è vero che «la funzione dissuasiva perseguita con un intervento d'ufficio non ha alcuna efficacia in fase di esecuzione del contratto» (§ 47).

Orbene, il punto è che, proviamo a rendere il discorso così, *Duarte Hueros* non ci sembra però esattamente annoverabile tra le sentenze principialiste, se come tali, naturalmente, classifichiamo quelle decisioni che, alla maniera di Corte cost. 248/2013 e 77/2014, disapplicano una regola operativa, nella specie il diritto dispositivo, per sostituirla con un'altra estratta direttamente da un principio fondamentale del diritto dell'Unione (artt. 38 CDFUE e 169 TFUE). Per almeno quattro ragioni che, lo vedremo subito, sono tutt'altro che di complemento.

Intanto, primo, è semmai il rinvio pregiudiziale ad esibirsi come *principialista* visto che, a motivo di un divieto edittale (art. 3, § 6, dir. 99/44/CE) e di una tutela in forma specifica rivelatasi infruttuosa, è il giudice del rinvio, nella specie il *Juzgado de Primera Instancia di Badajoz*, a presentare una riduzione officiosa del prezzo come lo strumento di ristoro *infungibile*, quando non siano esperibili altre tecniche di tutela, per un consumatore al quale incontestabilmente spettò, a cagione dell'accertato difetto di conformità, il diritto ad una congrua riduzione del prezzo di vendita ex art. 3, § 5 dir. 99/44/CE. Supponendo che il ripristino della conformità possa avvenire

⁷¹ Come si legge nelle *Conclusioni* dell'AG Kokott, «se si prescinde dal requisito di una specifica domanda, il consumatore potrebbe assumere un atteggiamento passivo nel corso del processo», aspettando che una Corte «gli assegni ciò a cui egli ha diritto dal punto di vista sostanziale». Ora, vien da sé che «ciò va oltre quanto necessario per la tutela del consumatore» (§ 40).

officiosamente quando il «difetto di conformità [sia] minore» (art. 3, § 6) e nel contempo si diano delle norme di rito nazionali ostative a che il diritto ad una congrua riduzione del prezzo possa mai *più* azionarsi se prima è stata domandata soltanto una risoluzione, il *Juzgado* fa così mostra di voler praticare un'applicabilità diretta dell'art. 38 CDFUE in quanto dà per buono che sia coniabile pretoriamente un'altra regola di fattispecie, deducibile direttamente dal principio di effettività, affiancante va da sé quella posta dal legislatore⁷². Ora, quanto il *Juzgado* adombra, lasciando così *immutate* le due preclusioni del suo codice di rito (artt. 216 e 218 nonché 400 LEC), non è però ciò che la CGUE sentenza in quanto i giudici di Lussemburgo ne fanno pur sempre una questione di autonomia procedurale degli Stati membri che non può legalizzare il risultato di un consumatore «definitivamente privato» (§ 37) di una legittimazione estimatoria riconosciutagli dal diritto europeo.

Dunque, ecco il secondo motivo, *nulla quaestio* che la normativa processuale spagnola, cumulando le due preclusioni al divieto di una riduzione officiosa, «non risult[i] conforme al principio di effettività, giacché rende eccessivamente difficile, se non perfino impossibile attuare [l'effetto utile della direttiva 99/44]» (§ 41). Come però il suddetto effetto sia realizzabile, *il che è quanto la CGUE statuisce a mo' di un obbligo di risultato*, rimane affare del giudice nazionale. Ergo, se stiamo a quanto la CGUE davvero dice, la piena efficacia dell'art. 3, § 5 dir. 99/44 vede, «in circostanze come quelle del procedimento principale» (§ 29), la riduzione officiosa del prezzo catalogabile come *una* delle tecniche possibili. Potrebbe pure pensarsi all'*escamotage* di ritenere che la domanda di risoluzione sia interpretabile nel senso che la tutela redibitoria implichi, nel senso di ricomprenderla, il *minus* di una tutela manutentiva⁷³.

⁷² Stiamo dicendo che l'imbastitura di un rinvio pregiudiziale *secundum legem* avrebbe dovuto implicare una foggia del seguente tenore: quando la risoluzione del contratto, per l'aversi un difetto minore, sia esclusa epperò sia stata domandata in giudizio esclusivamente una tutela redibitoria, quanto sono conformi delle preclusioni procedurali che impediscono irrimediabilmente a quel consumatore di esercitare una tutela manutentiva ottimizzata dal diritto europeo?

⁷³ Vien fatto perciò di chiedersi se, nell'esperienza italiana, i principi governanti la libera scelta accordata al compratore tra l'azione redibitoria e la *quantum minoris*, unitamente al fondamento della stessa, ravvisato nell'identità delle condizioni di esperibilità delle due azioni (art. 1490 c.c.), tuttora conducano a ritenere *inammissibile*, alla maniera per intendersi di S.U. 2565/1988, cit. la variabile di una domanda subordinata di riduzione del prezzo rispetto alla domanda principale di risoluzione del contratto. Se, tornando a quel *dictum*, «identiche sono infatti le condizioni di accoglibilità delle due azioni, non è configurabile la predetta subordinata: accolta la domanda principale di risoluzione non c'è spazio per la subordinata di riduzione del prezzo posto che, a parte l'avvenuto soddisfacimento dell'interesse dell'attore, non sussiste la condizione del mantenimento del contratto; rigettata la principale, per insussistenza di vizi con le caratteristiche richieste, non potrebbe neppure essere accolta la subordinata basata

L'oggetto del rinvio pregiudiziale, ecco il terzo motivo, perimetra, è bene rammentarlo, lo *ius dicere* della CGUE, ragion per cui è allineato a quell'oggetto il sentenziare che i diritti nazionali devono permettere al giudice una riducibilità officiosa ove si dia un difetto di conformità ma soltanto se, e *sta tutto qui però il punto*, non esistono *altre* sanzioni in quanto quel giudice non si trova a reputare più acconcio il disapplicare la norma interposta preclusiva. La CGUE, lo dice bene Nivarra, sembra piuttosto così trasformare la regola legale dell'art. 3, §§ 5 e 6 da fattispecie astratta in una «direttiva istitutiva di obbiettivi»⁷⁴: con il risultato però che, vista da questa angolazione, *Duarte Hueros* non ci sembra affatto classificabile come una sentenza che iscriva la riducibilità officiosa nella cornice di una facoltà alternativa. L'ampliamento dei poteri del giudice è il riflesso, nella specie, di preclusioni processuali che giocano da «*conditions préalables*» e non da «*éléments indifférents*»⁷⁵, in quanto fattori «*conditionnels*» senza i quali quel potere non può trovare modo di espandersi⁷⁶.

Gli è infatti, come la CGUE osserva, che l'art. 3 della direttiva *non contempla* un siffatto potere officioso di stampo correttivo⁷⁷. Di conseguenza, quarto motivo, il giudice nazionale, che interpretasse il proprio diritto derivato come inclusivo di un siffatto potere, nella veste così di un rimedio *corrigendi causa* oviante ad un *ammanco* di tutela, finirebbe in realtà per confezionare una deroga *in melius* all'armonizzazione minima. Ora il *Considerando 24* della direttiva 99/44 è invece a delle «disposizioni» che affida il

sul medesimo presupposto». Per quelle S.U. lo ricordiamo. Il quadro è diverso nel *solo* caso in cui l'azione di riduzione sia accordata al compratore, com'è nella fattispecie dell'art. 1492, c. 3, c.c., in via esclusiva. In dottrina, incline ad ammettere un concorso di azioni, è Luminoso, *La vendita*, in *Tratt. Cicu, Messineo, Mengoni*, continuato da Schlesinger, Milano, 2014, p. 490. Ma, sempre stando all'interpretazione giurisprudenziale consolidata, Cass. 27 gennaio 2004, n. 1434 e, con riguardo all'inammissibilità della domanda di riduzione in appello, ove il primo grado abbia avuto ad oggetto un'azione redibitoria, Cass. 22 febbraio 2010, n. 4248. V. però *infra* nt. 70.

⁷⁴ Cfr. Nivarra, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 2018, p. 131.

⁷⁵ Così, sebbene il suo dire si mostri operativamente più interlocutorio, Aubert de Vincelles, *L'office du juge toujours renforcé: nouvelle illustration en matière de sanction dans la vente*, cit. 96.

⁷⁶ E se si espande alla maniera di un *rimedio infungibile*, siamo allora scopertamente dalle parti dell'*intervento positivo* di un terzo che mira a riequilibrare, secondo un classico stereotipo argomentativo della CGUE, l'asimmetria del rapporto *b2c*.

⁷⁷ Cioè la CGUE è limpida nell'escludere che un siffatto potere si dia *a prescindere* da quali siano le facoltà processuali del consumatore, ossia che qui si faccia questione di una riducibilità sentenziabile pure nel caso in cui, stando al suo codice di rito nazionale, quel consumatore si trovi ammesso a domandarla in appello o nel corso di un nuovo giudizio. Non è, insomma, che ci troviamo al cospetto di una CGUE *che conferisce al giudice nazionale un nuovo potere officioso*. La riducibilità è, in realtà, un dispositivo che può darsi, diremmo, *nei diritti derivati* ove si abbiano delle preclusioni in rito e queste non vengano disapplicate.

ritaglio di un livello più elevato di tutela, nel segno per altro di una *policy* che la direttiva 2011/83 ha, interpolandovi l'art. 8-*bis*, provveduto a rinnovare (art. 33). Dopo di che, se l'irrisolubilità è del diritto europeo ed una maggior protezione è subordinata ad una riserva di legge, una riducibilità officiosa la si dovrebbe ammettere soltanto se ricompresa nel perimetro dei «diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico» (art. 135, c. 1, c. cons.)⁷⁸. Ad ammettere naturalmente, ma notoriamente non è così, che il diritto comune annoveri una siffatta forma di riducibilità⁷⁹. *Incidenter* notiamo che il giudice italiano non dispone, al contrario del suo omologo francese, di una norma che lo legittimi ad applicare d'ufficio le disposizioni del *code de la consommation* in tutte le controversie che ricadono nell'ambito di applicazione dello stesso codice (art. 141-4 *code cons.*).

Torna così l'interrogativo iniziale: il diritto derivato nazionale è un ibrido? Nell'equivoco, lo notiamo di passata, cade pure l'AG: dire infatti che se una normativa nazionale «prevedesse una riduzione del prezzo d'ufficio o un giudice nazionale applicasse in tal senso il diritto interno, ciò risulterebbe conforme alla direttiva», adombra un recitativo che scopertamente finisce per mettere sullo stesso piano, allo scopo di massimizzare l'effettività, un atto di *posizione* ed uno di *creazione*⁸⁰. Per la cronaca, senza farne una questione di *confrontabilità* tra due norme, sarebbe bastato dire che, siccome la tipologia di difetto addotto era alquanto dubbio che si lasciasse catalogare tra quelli di minore entità⁸¹, più banalmente si sarebbe potuto sollevare una questione pregiudiziale rimettente alla Corte un'interpretazione autentica dell'art. 3, § 6, dir. 99/44, onde così addivenire ad un significato vincolante sulla locuzione europea di «difetto di conformità minore».

⁷⁸ Mentre saremmo pur sempre nella cornice di un sentenziare *per principi* se dovessimo ragionare nel senso che il principio dispositivo non opera in caso di *errore scusabile* in quanto, com'è intuitivo, verremmo qui a coniare una regola di fattispecie *unilateralmente orientata* che vede l'effettività consumeristica avviata ai casi di un errore espressosi nella formula tanto del proporre una domanda sbagliata quanto nella versione di un'omessa proposizione di una domanda subordinata. Un miglior effetto non sortirebbe, d'altra parte, l'idea di una *mutatio libelli* che non opera quando parte del contratto sia un consumatore giacché manca, nel codice di rito, una disciplina processuale *differenziata* in quanto strumentalmente ancillare alla *protezione* di una delle parti. Sono un classico, sul tema, le pagine di Proto Pisani, a cominciare dallo scritto *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, pp. 536 ss.

⁷⁹ Piuttosto notiamo che, stante il *dictum* della CGUE, non sembra più revocabile in dubbio che l'ammissione della proposizione cumulativa in via gradata delle due domande si lasci riguardare, almeno ai sensi dell'art. 130, c. 10, c. cons. come la sola variabile comunitariamente orientata.

⁸⁰ V., non a caso, Lipari, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, pp. 1153 ss.

⁸¹ V. BGH, 5 novembre 2008, che nega la qualifica di difetto minore allo stesso vizio dedotto nella causa spagnola.

Altra domanda: si deve supporre che, nel diritto italiano vigente, niente più perciò osti all'ammissibilità della proposizione successiva e separata delle azioni poste a tutela del consumatore? E deve pure pensarsi che, siccome l'art. 130 c. cons. non prevede, rispetto all'art. 1492 c.c., che la scelta divenga irrevocabile quando effettuata con domanda giudiziale, sia tendenzialmente possibile una *mutatio libelli*, in corso di giudizio, alla maniera sentenziata da S.U. 12310/2015⁸²? Se così fosse, la tutela consumeristica si modellerebbe, nella sua versione italiana, alla regola operativa che, com'è risaputo, una giurisprudenza consolidata di Cassazione amministra in tema di appalto ai sensi dell'art. 1668, c. 1 e 2 c.c.: al riguardo, il distico di Cass. 9239/2000 e 24948/2007, con Cass. 1475/1999 a statuire che, proposta domanda di risoluzione, il giudice d'appello, se rigetta, può disporre officiosamente la riduzione del prezzo, nella sua stringata linearità, evidenziante che la domanda di riduzione del prezzo non integra una domanda nuova rispetto a quella originaria di risoluzione, in quanto fondata sulla stessa causa *petendi* e contraddistinta semmai da un *petitum* più limitato, è esemplare⁸³.

È, quello esposto, un interrogativo di dettaglio che si inserisce nel più variegato quadro che si è cercato qui, in una maniera volutamente problematica, di abbozzare. Notiamo, a mo' di chiosa finale, che *Duarte Hueros*, nel panorama della giurisprudenza consumeristica, non è un *unicum* visto che l'appellativo di principialista forse lo meriterebbe di più *Jörös* (C-397/11)⁸⁴. Non si comprende infatti *come* un giudice incompetente, perché l'accertamento dell'invalidità di una o più clausole abusive risulta di pertinenza, stando al

⁸² V. D'Alessandro, *L'oggetto del giudizio di cognizione*, Torino, 2016, p. 273. Cass. S.U. 15 giugno 2015, n. 12310 è consultabile in *Foro it.*, 2016, I, pp. 255 ss.

⁸³ V. pure Cass., 12 luglio 2000, n. 9239, ove la statuizione che «la formulazione, in sede di precisazione delle conclusioni, della domanda di riduzione del prezzo (*actio quanti minoris*) da parte dell'attrice, dopo l'iniziale richiesta di risoluzione del contratto per il dedotto inadempimento della convenuta, non costituisce una non consentita *mutatio libelli*, non essendo stata con la stessa evidentemente introdotta nel giudizio una nuova *causa petendi*, in quanto è pur sempre l'inadempimento o, se si vuole, il non esatto adempimento il titolo sul quale si basa anche la domanda di riduzione del prezzo successivamente proposta; e dovendosi, d'altra parte, ritenere, quanto al *petitum*, che vi sia stata soltanto una sua limitazione o riduzione, nel senso della richiesta di un *minus*, rispetto all'originaria domanda». In dottrina spunti utilissimi si incontrano in Mancaloni, *Il rapporto tra risoluzione e riduzione del prezzo nel diritto comune europeo*, in *Archivio storico e giuridico sardo di Sassari*, 2014, 79 ss. Per l'a., p. 96, la Cassazione italiana «ragiona in termini, assai ampi, di soddisfacimento dell'interesse del creditore piuttosto che in termini, più specifici, di rimedio perseguito». Il notiamo, se è vero, fa *pendant*, come pure questa dottrina nota con la circostanza che «la disciplina di fonte comunitaria non concerne la sola vendita, ma tutti i contratti di "fornitura" di beni già fabbricati o da costruire, ivi incluso l'appalto».

⁸⁴ CGUE, 30 maggio 2013, consultabile in *RTDE*, 2013, 559 ss., con *Obs.* di Aubert de Vincelles.

proprio codice di rito, di un altro organo giurisdizionale, *dovrebbe* dedurre dall'art. 6 della dir. 93/13 «tutte le conseguenze» che la normativa nazionale fa derivare dalla vessatorietà, senza [...] dichiararsi competente. *Quel* giudice, come si legge nella chiusa della motivazione, deve intendere le norme procedurali interne, «per quanto possibile» nell'accezione utile a far sì che sia conseguito «l'obbiettivo stabilito dall'art. 6, paragrafo 1 [della] direttiva» (§ 52). *Ergo*, sebbene non sia *self executing*, la 93/13, per il fatto di dare veste ad un principio generale del diritto dell'Unione, è destinata ad operare *come se* avesse un effetto diretto preclusivo?

Stefano Pagliantini
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Siena
Via Mattioli 10
53100 Siena
s.pagliantini@gmail.com

