



UNIVERSITÀ DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

**Principio di effettività e rimedi civilistici
nei contratti del consumatore**

Il Candidato

Tamara Migliacci

Il Relatore

Chiar.ma Prof.ssa Emanuela Navarretta

ANNO ACCADEMICO 2014/2015

*A mamma, Camilla e Nicolò
per aver creduto in me*

Indice

Introduzione	p. 1
--------------	------

Capitolo I

Le nullità a protezione del consumatore contro l'inserimento delle clausole abusive nei contratti stipulati con i professionisti: alcune coordinate introduttive

1. L'intervento comunitario nel diritto privato degli stati membri dell'Unione Europea e la disciplina a tutela del consumatore	p. 6
2. La disciplina comunitaria in materia di invalidità delle clausole abusive inserite nei contratti dei consumatori e la legislazione di recepimento in Italia	p. 10
2.1 La Direttiva 1993/13/CE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori	p. 11
2.2 Contenuto e portata della Direttiva	p. 12
2.3 La legge n° 56/1996 e le difficoltà di recepimento	p. 18
2.4 Breve analisi del contenuto della legge n° 52/1996	p. 21
2.5 L'evoluzione successiva della normativa italiana: l'introduzione del Codice del Consumo	p. 26
3. La nullità di protezione dell'articolo 36 cod. cons. e le sue caratteristiche	p. 28
3.1 La legittimazione relativa ad agire a favore del consumatore	p. 30
3.2 La parzialità della nullità	p. 33
3.3 L'integrazione del contratto: ammissibilità e regole	p. 37
4. Nullità di protezione testuali	p. 40
5. Nullità di protezione virtuali	p. 42
6. Riflessioni conclusive sul rapporto tra nuove nullità di protezione e	

nullità di diritto comune e sulla loro collocazione nell'ambito delle
invalidità p. 44

Capitolo II

L'evoluzione della posizione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sul tema della rilevazione d'ufficio della nullità delle clausole abusive nei contratti con i consumatori

1. Premessa p. 47
2. Dalla facoltà all'obbligo: l'evoluzione della posizione della Corte di
Giustizia sul tema della rilevabilità d'ufficio della vessatorietà p. 49
 - 2.1 La Corte di Giustizia riconosce la facoltà del giudice di
rilevare la nullità delle clausole abusive p. 50
 - 2.2 L'introduzione di limiti temporali contrasta con il diritto
comunitario: la Corte conferma e precisa la facoltà di
rilevazione d'ufficio p. 55
 - 2.3 Prima evoluzione nella posizione della Corte: il giudice “è
tenuto” p. 58
 - 2.4 La Corte di Giustizia sancisce l'obbligo del giudice di
rilevare la nullità delle clausole abusive nella sentenza *Pannon
GSM* p. 64
3. Il “dopo *Pannon GSM*”: alcune questioni aperte p. 67
 - 3.1 Prima questione: la possibilità del consumatore di opporsi
alla disapplicazione della clausola abusiva p. 68
 - 3.2 La sentenza *Banif Plus Bank* e la tutela del
contraddittorio p. 70
 - 3.3 Seconda questione: l'ammissibilità di poteri istruttori del
giudice p. 73
4. La Corte di Giustizia amplia la portata dell'obbligo di rilevazione
d'ufficio della vessatorietà da parte del giudice nazionale p. 79
 - 4.1 Il giudice nazionale ha il dovere di accertare l'abusività

della clausola compromissoria nell'ambito del giudizio di esecuzione forzata di un lodo arbitrale definitivo	p. 80
4.2 Il giudice nazionale ha il dovere di accertare d'ufficio la vessatorietà all'interno di un procedimento di ingiunzione di pagamento	p. 85
4.3 Il giudice nazionale ha il dovere di rilevare d'ufficio l'abusività in sede di appello	p. 89
5. Le sentenze della Corte di Giustizia e il ruolo dei giudici nazionali nella tutela del consumatore: riflessioni conclusive	p. 93

Capitolo III

Dalla rilevabilità d'ufficio della nullità di diritto comune alla nullità di protezione: limiti ed evoluzione della posizione della Corte di Cassazione italiana

1. Introduzione	p. 95
2. Premessa necessaria al problema originato dalle nullità di protezione: la rilevabilità d'ufficio delle nullità di diritto comune	p. 96
2.1 L'articolo 1421 c.c. e il fondamento della rilevabilità della nullità di pieno diritto	p. 97
2.2 I limiti alla rilevabilità d'ufficio	p. 101
2.3 Il limite della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato: la posizione della giurisprudenza maggioritaria	p. 104
2.4 (segue) la posizione della dottrina maggioritaria	p. 108
2.5 L'articolo 1421 c.c. ricondotto nella cornice dell'articolo 2907 c.c.: una possibile soluzione alternativa?	p. 111
3. La rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione	p. 113
3.1 Il problema della compatibilità tra legittimazione relativa all'azione e rilevabilità officiosa	p. 115

3.2 L'ammissibilità di una rilevanza d'ufficio ad esclusivo vantaggio del consumatore	p. 116
4. Gli interventi delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione italiana	p. 120
4.1 Le Sezioni Unite ammettono la rilevanza d'ufficio della nullità di diritto comune anche a fronte di una domanda di risoluzione del contratto	p. 121
4.2 I problemi rimasti aperti: la rilevanza d'ufficio della nullità di pieno diritto a fronte di una domanda di rescissione o di annullamento e della nullità di protezione	p. 128
4.3 L'approdo interpretativo delle Sezioni Unite: le sentenze n° 26242 e 26243 del 2014	p. 132
4.4 La differenza tra rilevazione e dichiarazione della nullità e il tema del giudicato	p. 138
5. Conclusioni	p. 144

Capitolo IV

Oltre la rilevanza d'ufficio della nullità: l'impatto sull'ordinamento italiano della posizione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in merito conseguenze dell'accertamento dell'abusività

1. Premessa	p. 146
2. La caducazione integrale del contratto privato delle clausole nulle	p. 147
2.1 La Corte di Giustizia riconosce il carattere eccezionale della soccombenza totale del contratto	p. 149
2.2 La sentenza <i>Jörös</i>	p. 154
3. L'integrazione del contratto quale possibile alternativa alla sua caducazione integrale?	p. 157

3.1 La Corte di Giustizia esclude la possibilità di un intervento integrativo del giudice	p. 158
3.2 L'evoluzione nella posizione del giudice comunitario e l'integrazione per il tramite del diritto dispositivo	p. 163
3.3 La sentenza <i>Unicaja Banco e Caixabank</i>	p. 167
4. Il dibattito italiano in tema di integrazione del contratto privato delle clausole abusive	p. 170
4.1 L'esclusione della correzione giudiziale	p. 172
4.2 L'integrazione per il tramite del diritto dispositivo	p. 175
Conclusioni	p. 178
Bibliografia	p. 182
Giurisprudenza comunitaria	p. 192
Giurisprudenza italiana	p. 194
Ringraziamenti	p. 197

Introduzione

L'evoluzione del processo di integrazione all'interno dell'Unione Europea ha determinato l'accrescersi, in maniera sempre più marcata, dell'influenza delle fonti del diritto comunitario sugli ordinamenti processuali degli Stati membri. D'altronde, *“l'esigenza di rendere effettive le libertà fondamentali dell'Unione, attraverso la creazione di uno «spazio» comune di «libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne» (art. 3, par. 2, trattato U.E.), va di pari passo con la realizzazione di un osmosi anche dei principi processuali, propri degli ordinamenti dei singoli Stati”*¹.

Questo percorso, in virtù del quale si è arrivati a superare la tradizionale competenza esclusiva degli ordinamenti nazionali nella materia procedimentale, è stato portato avanti in particolare dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, animata dall'obiettivo di rafforzare la tutela dei diritti di origine comunitaria.

In linea di massima, il giudice sovranazionale ha, da tempi risalenti, riconosciuto la sussistenza della cosiddetta “autonomia processuale degli Stati membri”, ovvero l'indipendenza di questi ultimi in merito all'organizzazione dei propri sistemi giudiziari e alla predisposizione di regole processuali finalizzate ad assicurare la protezione delle prerogative attribuite ai singoli dall'Unione Europea. Peraltro, una simile distinzione di competenze, per cui mentre spetta all'Unione il compito di delineare il contenuto delle posizioni sostanziali tutelate, sono i sistemi giudiziari nazionali a dover predisporre le garanzie processuali strumentali a garantirne il corretto esercizio, trova attualmente un'esplicita conferma all'interno del Trattato sull'Unione Europea (T.U.E.). Nello specifico, per il tramite dell'affermazione della

¹A. CARATTA, *Libertà fondamentali del Trattato dell'Unione Europea e processo civile*, in “*Rivista di diritto processuale*”, 2015, 6, pp. 1399 ss.

sussistenza di un principio di leale collaborazione, di cui all'articolo 4 T.U.E., il quale, sancendo il dovere del rispetto e dell'assistenza reciproca tra Unione Europea e Stati membri, vincola questi ultimi ad adottare *“ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione”*. Nonché, grazie all'articolo 19, paragrafo primo, T.U.E., secondo cui *“gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”*.

Tuttavia, la Corte di Giustizia, nell'intento di garantire una protezione effettiva a particolari situazioni giuridiche di derivazione comunitaria, è intervenuta in diverse occasioni sulle regole di procedura interne agli ordinamenti statali, sconfessando, di fatto, l'articolazione complementare dei rapporti tra diritto dell'Unione e sistemi nazionali². Partendo dalla considerazione per cui è inevitabile che *“la «forza» delle norme sostanziali del diritto comunitario dispieghi pure una valenza sul diritto processuale interno”*³, il giudice comunitario è più volte arrivato a negare la possibilità che la tutela delle prerogative attribuite ai singoli da norme dell'Unione rientri nella piena discrezionalità degli Stati membri. Ritenendo, di conseguenza, in virtù del principio di effettività⁴, secondo il quale la normativa

²A. SAGGIO, *Incidenza della giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle norme processuali nazionali*, in *“Corriere giuridico”*, 2001, 1, pp. 114 ss.

³F. AZZARRI, *Integrazione delle fonti ed effettività delle tutele nella vendita dei beni di consumo* (Corte di Giustizia UE, sez. 1., 4 giugno 2015), in *“Contratti”*, 2015, 12, pp. 1077 ss.

⁴La Corte di Giustizia ha più volte ricordato che *“il principio di tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale di diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri”* (si veda C. Giust. CE, 03.09.2008, n° 402, in *“Foro italiano”*, 2008, IV, pp. 465 ss.) ed *“è enunciato anche dall'art 47 della Carta dei diritti fondamentali che, a seguito del Trattato di Lisbona, ha acquisito lo stesso valore giuridico dei trattati”* (C. Giust. UE, 22.12.2010, n° 279, in *“Rivista di diritto internazionale”*, 2011, pp. 548 ss). Di conseguenza, *“quando è in causa una specie protetta dal diritto dell'Unione [...] il giudice nazionale è tenuto ad interpretare le norme processuali concernenti le*

procedimentale degli Stati membri non può rendere troppo gravoso o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti di matrice comunitaria, che vi sia la necessità di limitare o escludere l'applicazione delle regole processuali nazionali tutte le volte in cui esse non siano in grado di assicurare, per l'appunto, l'effettività di tali prerogative sostanziali.

Un simile scenario si è delineato, in particolar modo, per quanto riguarda la normativa europea predisposta a protezione dei consumatori, avverso l'inserimento di clausole abusive nei contratti stipulati con i professionisti.

Invero, nonostante la scelta del legislatore comunitario, che ha regolato la materia all'interno della Direttiva 1993/13/CE del Consiglio del 5 Aprile 1993, sia stata quella di un'armonizzazione solo minima e parziale delle discipline nazionali⁵, la Corte di Giustizia, nell'ottica di garantire una tutela sostanziale a soggetti in posizione di debolezza rispetto alla controparte contrattuale, ha operato in quest'ambito un'interferenza rilevante sugli istituti che disciplinano il processo dinanzi al giudice nazionale. Arrivando a riconoscere a quest'ultimo, per il tramite del principio di effettività, degli speciali poteri e facoltà, anche non previsti dagli ordinamenti interni degli Stati membri, tra cui spicca l'obbligo del rilievo d'ufficio dell'invalidità della o delle pattuizioni aventi carattere vessatorio.

condizioni che devono essere soddisfatte per proporre un ricorso amministrativo o giurisdizionale in conformità [...] dell'obiettivo di tutela giurisdizionale effettiva dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione" (C. Giust. UE, 8.3.2011, n° 240, in "Foro amministrativo-Consiglio di Stato", 2011, pp. 736 ss.).

⁵*In primis*, ciò emerge dalla lettura del dodicesimo considerando della Direttiva 1993/13/CE, secondo cui, posto che "per le legislazioni nazionali nella loro forma attuale è concepibile solo un'armonizzazione parziale [...] occorre lasciare agli Stati membri la possibilità di garantire, nel rispetto del trattato, un più elevato livello di protezione per i consumatori mediante disposizioni nazionali più severe di quelle della presente direttiva". Analogamente, l'articolo 8 statuisce che "gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore".

Partendo da queste considerazioni, il presente lavoro è specificamente dedicato all'analisi dell'influenza che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha operato nelle normative processuali degli Stati membri e, soprattutto, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, nell'intento di assicurare l'effettivo esplicarsi dei diritti attribuiti al consumatore, conformemente alle esigenze proprie del sistema comunitario.

Nel primo capitolo saranno fornite alcune nozioni introduttive relativamente alla fattispecie della nullità cosiddetta di protezione, ovvero quel tipo di invalidità che è emersa a seguito dell'adozione della Direttiva 1993/13/CE, avente lo scopo di proteggere il consumatore dall'inserimento, nei contratti conclusi con una controparte imprenditrice, di clausole considerate abusive. Dopodiché, nel secondo capitolo verranno analizzate, in maniera approfondita, una serie di sentenze della Corte di Giustizia, particolarmente significative poiché, con esse, si concretizza, grazie al principio di effettività, un intervento penetrante all'interno del sistema processuale degli Stati membri, specificamente in merito ai poteri di rilevazione officiosa dell'invalidità da parte del giudice nazionale. Il terzo capitolo, necessariamente correlato al precedente, verte sulla disamina del riflesso che le pronunce, sopra menzionate, hanno avuto nell'ambito dell'ordinamento italiano e di come esse abbiano spinto le Sezioni Unite della Corte di Cassazione ad assestarsi sull'esplicito riconoscimento di un dovere di accertamento dell'invalidità di protezione in capo all'autorità giudiziaria. Infine, il quarto capitolo tratta di un tema correlato alla rilevazione, ovvero quello delle conseguenze da trarre a seguito della declaratoria di invalidità della o delle clausole vessatorie relativamente alla sopravvivenza o meno del contratto, che le ricomprende, nonché alla possibilità, oltre che alle modalità, di una sua eventuale integrazione.

L'obiettivo di questa indagine è quello di comprendere i meccanismi

che hanno guidato, e guidano tutt'ora, la Corte di Giustizia nell'attività di controllo che questa esercita sugli ordinamenti procedurali dei singoli paesi appartenenti all'Unione Europea, prendendo come punto di riferimento un caso simbolo, qual è quello rappresentato dalla tutela dei consumatori. Facendo, così, emergere come l'affermazione di principio dell'esistenza di un'autonomia processuale degli Stati membri, di fatto, sia divenuto, per certi settori, un elemento *“più apparente che reale”*, essendo stato *“modulato, attraverso gli orientamenti forniti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in sede di sindacato dei mezzi processuali nazionali, sino a renderlo «servente» rispetto al generale scopo di garantire effettività alle libertà fondamentali e alle disposizioni europee che le concretizzano”*⁶.

⁶A. CARATTA, op. cit., 2015

Capitolo I

Le nullità a protezione del consumatore contro l'inserimento di clausole abusive nei contratti stipulati con i professionisti: alcune coordinate introduttive

1. L'intervento comunitario nel diritto privato degli stati membri dell'Unione Europea e la disciplina a tutela del consumatore

Negli ultimi anni il diritto privato italiano è stato protagonista di un processo di innovazione e modifica, dovuto al ruolo sempre più centrale che il diritto privato di origine comunitaria ha assunto negli ordinamenti degli Stati appartenenti all'Unione Europea. Ad oggi “*la c.d. “europeizzazione” del diritto privato è ormai un dato di assoluta evidenza e costituisce forse lo sviluppo più importante registrato dalla materia nell'ultimo decennio; comunque, ne rappresenta la prospettiva più probabile e di gran lunga più stimolante*”⁷. Soprattutto, si pone come un elemento di totale novità per la nostra tradizione giuridica, originando non una semplice riforma di singoli settori del diritto civile, ma una vera e propria modifica delle fonti di produzione dell'ordinamento statale, oggi integrate dalla fonte di stampo comunitario.

Nei suoi primi trent'anni di vita, la Comunità Economica Europea si è dedicata alla rimozione degli ostacoli che la dottrina protezionista e dirigista, prevalente nell'Europa continentale della metà del Novecento, aveva frapposto alla realizzazione del mercato interno, rivendicando per contro la difesa del principio di libera concorrenza⁸.

⁷A. TIZZANO, *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, 2000, V

⁸A. GENTILI, *La “nullità di protezione”*, Le tutele contrattuali e diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo, a cura di Salvatore Mazzamuto, Napoli, 2012, p. 665

Gli interventi del legislatore sovranazionale, diretti ad appianare l'eterogeneità delle regole rinvenibili negli ordinamenti giuridici degli Stati membri, di ostacolo alla libera circolazione nel mercato europeo, si sono inizialmente concentrati sul diritto commerciale e sul diritto agrario. Soltanto in tempi più recenti si sono estesi anche ad altre branche del diritto privato, quale in particolare il diritto dei contratti, tradizionalmente immune da cambiamenti di rilievo. L'ampliamento dell'intervento comunitario a questo settore, considerato il perno per la creazione di un sistema uniforme di diritto degli scambi, posto che “è al diritto dei contratti che il nostro ordinamento affida la disciplina dei traffici commerciali”⁹, si è reso, quindi, necessario per dare vita ad una convergenza indispensabile a garantire l'effettiva l'integrazione dei mercati nazionali in un unico sistema negoziale.

Negli anni Novanta, con l'istituzione dell'Unione Europea, si è registrata un'evoluzione ulteriore, segnata dall'affiancarsi alle politiche di stampo economico di un programma di interventi in materia di politica sociale, che hanno assunto un'importanza pari a quelli in tema di difesa della concorrenza¹⁰. Tale sviluppo, nella direzione di una regolamentazione comunitaria insieme economica e sociale, è testimoniato dalla circostanza che, mentre nel trattato CE si indicava come obiettivo dell'azione economica comunitaria la creazione di “un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza”, nel Trattato di Lisbona¹¹ si utilizza la formula “economia sociale e di mercato”.

In questa direzione, le normative comunitarie hanno armonizzato il diritto contrattuale interno degli Stati membri, al fine di garantire protezione a situazioni seriali di debolezza contrattuale, aventi natura tecnica e non socio-economica, cioè originate da disinformazione, distanza, sorpresa, pratiche sleali delle imprese, dipendenza economica e simili. La tutela del soggetto economicamente più debole non è, però,

⁹G. SMORTO, *Clausole abusive e diritti dei consumatori: raffronti comparatistici*, Padova, 2001, cit., p. 4

¹⁰A. GENTILI, op. cit., 2012, p. 666

¹¹Art 3, comma 3.

ispirata esclusivamente ad esigenze etiche o sociali, essendo, piuttosto, indirizzata a garantire l'efficienza del rapporto di scambio, che altrimenti potrebbe risultare alterato, prevenendo così un danno al mercato. Le fonti comunitarie, quindi, prescrivono “*norme a garanzia del libero e informato accesso al mercato, in vista del corretto svolgersi dei meccanismi concorrenziali, ritenuti principale strumento dell'integrazione economica europea*”¹².

La disciplina consumeristica, divenuta politica comunitaria ufficiale con l'Atto Unico Europeo del 1985, rappresenta uno degli ambiti principali di intervento della Comunità Europea nel diritto dei contratti, grazie al quale ha assunto una rilevanza primaria l'attenzione per lo status giuridico dei contraenti.

Nell'ambito dei rimedi che la normativa comunitaria ha previsto a favore del consumatore, particolarmente rilevanti sono risultate le previsioni in virtù delle quali viene negato il carattere vincolante di quei patti, adottati nell'ambito di negozi conclusi tra soggetti aventi diversa forza contrattuale, in violazione delle disposizioni del diritto contrattuale europeo. Con il recepimento negli ordinamenti nazionali di tali discipline, ciò si è tradotto nell'introduzione di ipotesi di nullità, definite dalla dottrina come *nullità speciali* o *nullità di protezione*, in quanto esse, reagendo, per l'appunto, alla lesione di interessi particolari di contraenti in situazione di fisiologica debolezza rispetto alla controparte, operano come correttivo dell'assetto contrattuale sbilanciato.

Queste nullità sono caratterizzate dal fatto che, in esse, sono contemporaneamente presenti due anime: quella direttiva, in quanto strumento di governo degli scambi, e quella protettiva, in quanto strumento di tutela degli interessi di una parte. Infatti, tali ipotesi rimediali, avendo effetti di incentivazione economica, posto che

¹²G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995

favoriscono le transazioni transfrontaliere grazie all'imposizione di regole armonizzate ed eliminano le inefficienze generate da abusi delle imprese, integrano una scelta di politica economica, costituendo lo strumento grazie al quale il legislatore elimina gli ostacoli alla libera circolazione e garantisce il corretto funzionamento del mercato. Pertanto, la protezione offerta ai consumatori è anzitutto una manifestazione dell'ordine pubblico economico di direzione¹³. Allo stesso tempo, però, essa è anche espressione dell'ordine pubblico economico di protezione, in quanto strumento di politica sociale diretto ad elevare il benessere e la qualità di vita dei cittadini-consumatori, volto a riequilibrare rapporti contrattuali sbilanciati, a causa di asimmetrie informative e del diverso potere economico tra le parti interessate.

Tali considerazioni consentono di elaborare una riflessione.

Nelle nullità di protezione di matrice comunitaria ci si discosta dal modello classico delle nullità, la cui ratio è costituita dalla tutela di un interesse pubblico generale, contrapposto ad un interesse privato, in quanto, in tali ipotesi rimediali, si assiste ad una situazione in cui è proprio l'ordine pubblico a richiedere la protezione dell'interesse privato. Ciò perché il sistema della nullità comunitaria persegue un obiettivo di carattere generale, rappresentato dalla tutela della concorrenza tra operatori economici ed è al contempo condizione per realizzare l'interesse privato, posto che scelte negoziali irrazionali sono nocive sia per i singoli, che nell'ottica di un efficiente sistema di

¹³Come afferma A. GENTILI, op. cit., 2012, pp. 668-669, “*poiché il consumatore è l'anello finale della catena distributiva, l'incentivazione degli standard qualitativi dei beni o servizi che quella legislazione prevede (quando per esempio dispone che non possano essere imposte clausole vessatorie, che debbano essere garantiti prodotti che non infliggano danni, che debbano essere garantite qualità e conformità della prestazione) comporta necessariamente un miglioramento dell'offerta, e quindi un incentivo all'efficienza delle imprese e del mercato [...]. E dunque diventa uno strumento di politica economica*”.

governo degli scambi¹⁴. Nell'odierno quadro del diritto di origine comunitaria si assiste, quindi, ad una funzionalizzazione dell'agire del singolo al raggiungimento di un interesse pubblico più generale, rappresentato dalla regolazione del mercato, a sua volta razionalizzato e conformato giuridicamente dalla contrattazione individuale.

2. La disciplina comunitaria in materia di invalidità delle clausole abusive inserite nei contratti dei consumatori e la legislazione di recepimento in Italia

Il legislatore comunitario è intervenuto nella materia del diritto contrattuale del consumo con la Direttiva 1993/13/CE del Consiglio del 5 Aprile 1993, “*concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*”. Con la legge 6 Febbraio 1996, n° 52, il legislatore Italiano ha recepito tale disciplina, introducendo nel codice civile il capo XIV-bis (artt. 1469 *bis*-1469 *sexies*) del Libro IV, Titolo II, relativo ai “contratti del consumatore”, oggi trasfuso nel d.lgs. 6 Settembre 2005, n° 206, cosiddetto Codice del consumo ed in particolare negli artt. 33 ss, recentemente modificati dal d.lgs. 21 Febbraio 2014, n° 21.

Nelle pagine che seguono verrà realizzata una breve disamina delle

¹⁴Secondo S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 33-34, l'intersezione, profilatasi nella disciplina delle invalidità di derivazione comunitaria, tra tutela dei meccanismi di mercato e tutela del contraente debole, dimostra come tali posizioni non siano in contrapposizione, ma trovino piuttosto una significativa convergenza nell'articolo 41 Costituzione italiana, il quale subordina la garanzia delle prime all'utilità sociale e ai valori fondamentali della persona. Dello stesso avviso A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 14, secondo cui tali politiche realizzano una confluenza tra i valori della Costituzione italiana, che pone quali limiti dell'iniziativa economica privata l'utilità sociale e i valori della persona, e le istanze di derivazione comunitaria, dirette a garantire il corretto funzionamento della concorrenza.

principali innovazioni introdotte dalla Direttiva 1993/13/CE in materia di tutela del consumatore, nonché delle modalità del recepimento in Italia di tale disciplina e delle sue successive evoluzioni.

2.1 La Direttiva 1993/13/CE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori

La Direttiva comunitaria 1993/13/CE, risultato di un lavoro ultraventennale del legislatore comunitario, “*costituisce un tassello di fondamentale importanza del vasto mosaico rappresentato dalla normativa comunitaria in tema di tutela del consumatore*”¹⁵. Infatti essa, differenziandosi dalle altre direttive, riguardanti singole operazioni contrattuali o modalità di conclusione del contratto, introduce regole di tenore generale che investono l'intera categoria dei contratti del consumatore, determinando quella che è stata definita “*una vera rivoluzione copernicana*”¹⁶.

Gli scopi fondamentali perseguiti con la Direttiva sono indicati nei considerando.

In particolare, nel primo considerando il legislatore comunitario evidenzia l'esigenza di adottare misure destinate alla progressiva instaurazione del mercato interno europeo, cioè di “*uno spazio senza frontiere nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali*”, il cui fine è quello di “*facilitare le imprese nella loro attività commerciale sia nello Stato di origine che in tutto il mercato unico, stimolando la concorrenza*”¹⁷.

Nel secondo considerando, poi, si pone l'attenzione sul fatto che la

¹⁵E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in Roppo (a cura di), *Trattato del contratto*, IV, Milano, 2006, cit., p. 509

¹⁶G. ALPA, *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Bari, 2007, cit., p. 34

¹⁷Direttiva 1993/13/CE, 7° considerando

Direttiva, nel ridurre le “notevoli disparità legislative di condizioni nei contratti stipulati con i consumatori appartenenti ai diversi Stati membri”, mira ad evitare “distorsioni di concorrenza tra i venditori di beni ed i prestatori di servizi, soprattutto in caso di commercializzazione in altri Stati”.

Ciò è ribadito dall'articolo 1, primo comma, secondo cui la Direttiva “è volta a ravvicinare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti le clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore”. Pertanto, si evince come l'attuazione della direttiva sia risultata necessaria per superare le differenze, esistenti nelle legislazioni degli Stati membri, nella disciplina delle clausole vessatorie, posto che l'omogeneizzazione di tale normativa, assicurando parità di condizioni a tutti i produttori, ha consentito di eliminare le distorsioni nella concorrenza tra gli operatori nell'ambito delle transazioni transfrontaliere.

In concreto, l'impatto sugli ordinamenti nazionali è andato oltre gli scopi immediati dell'intervento comunitario, in quanto ha portato alla differenziazione dei contratti dei consumatori dagli altri contratti di massa e dai contratti individuali, in base alla qualificazione soggettiva dei contraenti. Ciò ha determinato il frazionamento della disciplina generale dei contratti non negoziati individualmente in contratti tra professionisti e consumatori (B2C), contratti tra professionisti (B2B) e contratti tra privati¹⁸.

2.2 Contenuto e portata della Direttiva

Premessa dell'intervento comunitario, ricavabile esplicitamente dalla definizione che l'articolo 2 dà di “consumatore” e di “professionista”, è

¹⁸G. ALPA, op. cit., 2007, pp. 34-35

che l'impresa o il professionista siano più forti, più informati, più esperti o più determinati del consumatore, una qualsiasi persona fisica che opera per fini che non rientrano nel quadro della propria attività professionale, cercando di soddisfare le esigenze della vita quotidiana proprie o della propria famiglia.

L'ambito soggettivo di operatività della disciplina, così determinato dalla Direttiva, ha, però, generato alcune perplessità, riguardanti, da un lato, la correttezza della valutazione del consumatore come posto sempre e comunque in situazione di inferiorità e debolezza contrattuale rispetto al professionista e, dall'altro, la limitazione della qualificazione di consumatore alle sole persone fisiche¹⁹.

Grazie all'articolo 3, il quale stabilisce che *“una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto”*, la Direttiva individua il proprio ambito oggettivo di applicazione con riferimento a quelle clausole, contenute nei contratti stipulati tra consumatori e professionisti, che non sono state oggetto di negoziato individuale.

Anche in tale disposizione vi sono vari profili che destano perplessità. In primo luogo, il riferimento ai soli “contratti” ha fatto insorgere il dubbio sull'estensibilità della tutela anche agli atti unilaterali; il che genererebbe non poche problematiche, posto che la loro esclusione dall'ambito di applicazione della normativa fornirebbe alla controparte imprenditrice uno strumento efficace per l'elusione della disciplina. Inoltre, emergono delle ambiguità interpretative in merito alla valutazione di abusività della singola clausola, poiché dal tenore testuale della Direttiva²⁰ non si evince con chiarezza in quali

¹⁹E. PODDIGHE, *La disciplina delle clausole vessatorie*, Milano, 2000, p. 11

²⁰Direttiva 1993/13/CE, articolo 3, comma 2: *“si considera che una clausola non sia stata oggetto di negoziato individuale quando è stata redatta preventivamente in*

circostanze una clausola possa essere considerata oggetto di negoziato individuale²¹.

Il legislatore comunitario predispone, quali criteri per valutare l'abusività delle clausole, la contrarietà alla buona fede oggettiva e la determinazione di un "significativo squilibrio" dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto a danno del consumatore, valutato tenendo conto della ripartizione, all'interno delle clausole individualmente e complessivamente considerate, di posizioni di vantaggio e svantaggio. Dato che lo squilibrio, oltre ad avere natura "giuridica" e non economica, deve essere "significativo", cioè tale da alterare in modo rilevante il rapporto tra la posizione del professionista e quella del consumatore, al giudice si richiede di accertare se la clausola, che arreca uno svantaggio solo a quest'ultimo, non sia comunque giustificata da un regolamento contrattuale che nel suo complesso non lo pregiudica²².

Nella Direttiva è dedicata un'attenzione particolare al principio di trasparenza del contratto, che si traduce nella necessità che le clausole contrattuali siano intelligibili e che le informazioni dovute al consumatore prima della conclusione del negozio siano complete²³.

In ogni caso, nonostante ai sensi dell'articolo 4, secondo comma, l'eventuale violazione di tale principio venga sanzionata estendendo il giudizio di vessatorietà anche all'oggetto del contratto, è comunque possibile superare la doverosa redazione chiara e comprensibile del testo per il tramite dell'acclusione allo stesso di materiale illustrativo-

particolare nell'ambito di un contratto di adesione e il consumatore non ha di conseguenza potuto esercitare alcuna influenza sul suo contenuto".

²¹E. PODDIGHE, op. cit., 2000, p. 12

²²G. ALPA, op. cit., 2007, pp. 37-38

²³Anche se c'è da dire, come sottolinea anche S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2015, pp. 194-195, che l'obiettivo della trasparenza non è ignoto alle tradizioni nazionali e, in particolare, la dottrina tedesca e quella italiana l'hanno perseguito tramite l'elaborazione, nel quadro della buona fede, di obblighi accessori rispetto a quelli principali dedotti in contratto, di criteri di interpretazione delle clausole oscure e, più in generale, di modi di integrazione del contratto.

esplicativo.

Altri principi di cui la Direttiva si fa portatrice sono rappresentati dalla regola dell'*interpretatio contra proferentem*, di cui all'articolo 5, secondo cui “*in caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore*” e il principio di conservazione del contratto, di cui all'articolo 6, primo comma, secondo il quale “*gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive*”²⁴. Pertanto, a fronte di una clausola accertata come abusiva, questa viene riconosciuta come non vincolante, mentre il resto del contratto, se può sussistere anche senza di essa, continua a impegnare le parti negli stessi termini.

La scelta di tale rimedio e in particolare dell'utilizzo dell'espressione “non vincolante”, generica e non riassuntiva di una determinata disciplina giuridica, è legata alla volontà del legislatore di non sovrapporre agli ordinamenti nazionali il riferimento ad un rimedio che possa richiamare, con conseguenti e inevitabili ambiguità, specifiche discipline elaborate in maniera diversa nelle tradizioni degli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Si tratta perciò di un'indicazione neutra, che lascia ai legislatori statali la scelta dei congegni tecnici per il cui tramite rendere non vincolanti per il consumatore le clausole abusive²⁵.

²⁴*Idem*, p. 195

²⁵Per esempio, il legislatore tedesco al § 306 BGB prevede come rimedio contro le clausole vessatorie la *Unwirksamkeit*, cioè l'inefficacia; il legislatore francese all'art. L. 132-1 del Code de la Consommation prevede che le clausole abusive si reputano non scritte (*sont réputées non écrites*); l'ordinamento inglese all'art. 8 dell'Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation del 1999 prevede che le clausole vessatorie non vincolano il consumatore (*shall not be binding on the consumer*).

La Direttiva non esaurisce il proprio contenuto con la disciplina delle clausole abusive, ma si preoccupa di dettare una regolamentazione anche in materia di tutela processuale, per il tramite della previsione di cui all'articolo 7. La normativa comunitaria, in particolare, introduce una disciplina monitoria, in virtù della quale il singolo consumatore, cui si affiancano associazioni di consumatori e di professionisti e altri enti individuati dai legislatori nazionali, è legittimato a proporre l'inibitoria dell'uso di clausole abusive da parte del professionista. Pertanto, il controllo in sede collettiva, o ad opera di enti esponenziali, previsto dal legislatore comunitario, è giudiziale, nonostante i modelli precedentemente adottati in alcuni Stati membri prediligessero l'ipotesi di un controllo di tipo amministrativo²⁶.

Tenuto conto del fatto che nel momento del recepimento è consentito agli Stati membri di modellare le regole imposte dalla Direttiva, adattandole all'ordinamento interno, purché ciò non porti a ridurre il livello di tutela garantito al consumatore, il legislatore sovranazionale ha stabilito all'articolo 8, secondo il quale *“gli stati membri possono adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore”*, che i legislatori nazionali sono autorizzati a mantenere proprie misure più favorevoli al consumatore.

Conseguentemente alle modifiche introdotte dalla nuova Direttiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 Ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, è stato inserito nel testo della Direttiva 1993/13/CE il nuovo articolo 8 bis, a mente del quale *“quando uno stato membro adotta disposizioni conformemente all'articolo 8, ne*

²⁶G. ALPA, op. cit., 2007, p. 41

informa la Commissione, così come di qualsiasi successiva modifica, in particolare qualora tali disposizioni: estendano la valutazione di abusività a clausole contrattuali negoziate individualmente o all'adeguatezza del prezzo o alla remunerazione, oppure contengano liste di clausole contrattuali che devono essere considerate abusive”.

La disposizione, inoltre, stabilisce che compito della Commissione è quello di garantire che le informazioni fornite dallo Stato membro siano facilmente accessibili ai consumatori e ai professionisti, mediante il loro inserimento in un apposito sito web e la loro trasmissione agli altri Stati membri e al Parlamento Europeo²⁷.

Conclusa la breve analisi del contenuto e degli obiettivi della Direttiva, è opportuno svolgere una considerazione di carattere generale.

Il peculiare meccanismo di formazione della Direttiva 1993/13/CE, che necessariamente deve essere adottato in ambito comunitario, implicante il concorso di contributi provenienti da diversi ordinamenti giuridici degli Stati membri, ha dato vita ad un'imprecisione tecnica della stessa. Invero, l'utilizzazione di diverse lingue, le diversità dei modelli giuridici concorrenti, la differente formazione dei giuristi e il diseguale apporto dei vari Paesi, in funzione della diversa influenza economica nell'ambito dell'Unione Europea, danno fisiologicamente vita a dei limiti nella legislazione comunitaria, che non solo si manifestano a livello formale e testuale, ma influiscono anche sugli elaborati concettuali²⁸.

La problematicità di queste imprecisioni viene in considerazione, in modo particolarmente evidente, in riferimento alla cultura giuridica italiana, tanto che da più parti si è arrivati ad affermarne proprio l'estraneità rispetto al lessico e allo strumentario concettuale impiegato dalla Direttiva. La ragione di ciò sta nel fatto che l'Italia non ha apportato alcun contributo di rilievo nella fase ascendente di

²⁷S. MAZZAMUTO, op. cit., 2015, pp. 195-196

²⁸E. PODDIGHE, op. cit., 2000, p. 10

elaborazione della Direttiva 1993/13/CE, il cui testo risulta ispirato piuttosto alla disciplina tedesca ed influenzato dagli orientamenti espressi dalle rappresentanze francesi e inglesi. Pertanto, nonostante il giurista italiano, analogamente agli altri giuristi nazionali, sia chiamato a confrontarsi con nuove disposizioni di stampo comunitario introdotte in materia contrattuale, questi deve attuare uno sforzo ricostruttivo di gran lunga più impegnativo, testimoniato da una produzione scientifica rilevante, che non si rinviene, per contro, in altri paesi europei.

2.3 La legge n° 56/1996 e le difficoltà di recepimento

Con l'adozione della Direttiva 1993/13/CE i singoli Stati membri, compresa l'Italia, sono stati vincolati a recepire i contenuti della disciplina sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori entro il 31 Dicembre 1994.

Nonostante tale indicazione temporale, l'Italia non ha però provveduto al recepimento entro i termini assegnati, a causa del concorso di numerosi fattori.

Anzitutto, il notevole ritardo nell'emanazione del provvedimento di attuazione della normativa comunitaria è stato determinato dal fatto che l'ordinamento italiano, a differenza di altri, non aveva già in precedenza introdotto una disciplina completa e compiuta delle clausole vessatorie inserite nei contratti stipulati con i consumatori. Pertanto, nonostante fosse stato uno dei primi sistemi a riconoscere il fenomeno, aveva predisposto un apparato rimediale troppo formale e in grado di offrire una garanzia solo per il tramite della doppia sottoscrizione di clausole svantaggiose per i consumatori, che mostrò appieno la sua inadeguatezza al momento dell'adozione della Direttiva, destinata invece ad incidere in modo sostanziale sulla posizione e sugli

interessi di milioni di contraenti e imprese attive sul mercato²⁹.

Questa situazione della legislazione italiana in materia, cui si aggiunse la presenza di ampi margini di discrezionalità lasciati ai legislatori nazionali nella regolamentazione di alcune tra le questioni più controverse, fece sì che, al momento del recepimento, mentre nei confronti degli altri Stati membri la Direttiva operò un avvicinamento delle diverse regole già vigenti, rispetto all'Italia svolse piuttosto una funzione di impulso, determinando conseguentemente un rallentamento nella produzione normativa³⁰.

A contribuire al ritardo si aggiunsero anche le tormentate vicende politiche del Paese e il dibattito dottrinario estremamente articolato che seguì all'emanazione della Direttiva, che pose l'accento sulle difficoltà nella predisposizione di un testo sufficientemente chiaro da eliminare le incongruità che la normativa comunitaria (effettivamente) presentava³¹.

Il percorso di recepimento della Direttiva, anche e soprattutto in considerazione delle ragioni sopra esposte, è stato perciò complesso.

All'indomani dell'adozione di tale normativa, nell'ambito di una delega conferita dal Governo al Ministero per gli affari sociali, venne nominata una commissione per l'elaborazione del testo della riforma. Il 16 Gennaio 1995, scaduto ormai il termine assegnato per il recepimento, venne presentato alla Camera dei Deputati un disegno di legge governativo, il cui testo definitivo venne approvato, dopo numerosi passaggi ed emendamenti, solo il 6 Febbraio 1996, con legge n° 52, la cosiddetta legge Comunitaria del 1994.

L'iter parlamentare della disciplina fu particolarmente travagliato, in considerazione delle molteplici e rilevanti problematiche oggetto di

²⁹R. E. ARENA, *La direttiva comunitaria 93/13 sulle clausole abusive, suo recepimento nell'ordinamento italiano con particolare riferimento alla disciplina dei contratti bancari*, in "Giurisprudenza di merito", 1998, pp. 156 ss.

³⁰E. Poddighe, op. cit., 2000, p. 9

³¹*Ibidem*, p. 13

discussione, che vertevano soprattutto sull'opportunità di inserire la nuova disciplina nell'ambito di una legge speciale o piuttosto procedere alla novellazione dell'impianto codicistico. La scelta della normativa di recepimento è stata quella della novellazione del codice civile, avvenuta con l'introduzione nel Titolo II, Libro II, del Capo XIV-bis (artt. 1469 *bis-sexies*) dedicato ai “*contratti del consumatore*”.

La legge n° 52/1996 ha il pregio di avere introdotto nell'ordinamento italiano una serie di misure, finalizzate alla tutela del consumatore, che hanno consentito di adeguare la materia a innovazioni già da tempo presenti nell'ambito di altri sistemi giuridici europei³².

Allo stesso tempo, il testo di recepimento, caratterizzato da una serie di difetti dovuti alla sollecitudine con la quale furono condotte la discussione e l'approvazione della normativa, non ha pienamente soddisfatto la comunità dei giuristi e le associazioni dei consumatori. Invero, considerando la complessità e la delicatezza degli equilibri caratterizzanti il diritto privato e l'impostazione armonica della disciplina generale del contratto, estranea fino a quel momento ad importanti interventi riformatori, il legislatore nazionale sarebbe dovuto intervenire con una novellazione tecnicamente e terminologicamente molto precisa, eliminando le incongruenze e gli elementi concettuali estranei alla cultura giuridica italiana. Nella realtà del recepimento, tuttavia, si riscontra l'assoluta mancanza di originalità della disciplina, che si pone come mera e passiva attuazione della Direttiva, della quale vengono ripresi non solo i contenuti, ma anche le espressioni lessicali, ispirate a tradizioni giuridiche straniere.

³²E. GRAZIUSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano, 2010, p. 27. Dello stesso avviso anche V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie: spunti critici*, in “*Europa e diritto privato*”, 1998, pp. 65 ss., il quale afferma che “*la nuova disciplina delle clausole vessatorie ha il gran pregio di essere una di quelle leggi che concorrono a “portarci in Europa”, perché innalzano il nostro ordinamento giuridico a quegli standard di evoluzione, su un terreno così importante come quello della protezione dei consumatori, che altri paesi europei da tempo avevano già raggiunto*”.

Pertanto, la riforma si caratterizza per il permanere di imprecisioni e contraddizioni, che testimoniano l'assenza di specifici sforzi per adattare il quadro comunitario alle peculiarità del diritto nazionale ed armonizzarlo con le altre parti del sistema e che impongono all'interprete uno sforzo ricostruttivo considerevolmente complesso³³.

Le problematiche caratterizzanti tale testo legislativo attirarono le critiche della Commissione Europea, la quale, non ritenendo la nuova normativa perfettamente conforme alla Direttiva, a pochi mesi dalla sua approvazione ne segnalò le problematiche al Governo italiano³⁴, attivando poi una procedura di infrazione, culminata con una sentenza di condanna della Corte di Giustizia per inadempimento degli obblighi comunitari. Per questi motivi, il testo originario è stato modificato più volte nel corso degli anni successivi alla sua approvazione, per il tramite in particolare di tre leggi comunitarie: la legge 21 Dicembre 1999, n° 526 (legge Comunitaria per il 1998), la legge 1 Marzo 2002, n° 39 (legge Comunitaria per il 2001) e la legge 3 Febbraio 2003, n° 14 (legge Comunitaria per il 2002)³⁵.

2.4 Breve analisi del contenuto della legge n° 52/1996

La legge n° 52/1996 si applica esclusivamente ai contratti conclusi tra consumatore e professionista.

In base all'articolo 1469 *bis* c.c., secondo comma, si considera consumatore *“la persona fisica che agisce per scopi estranei*

³³E. PODDIGHE, op. cit., 2000, pp. 14-15. Le problematiche della normativa di recepimento sono sottolineate anche da E. MINERVINI, op. cit., 2006, p. 511.

³⁴Per un approfondimento circa i rilievi segnalati dalla Commissione Europea al Governo italiano si veda G. ALPA- M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto Privato Europeo*, in *“Trattato di Diritto Privato”*, a cura di G. Iudica- P. Zatti, Milano, 2005, p. 385

³⁵E. GRAZIUSO, *Commento sub artt. 33-34-35-36-38 cod. cons.*, in *“Codice del Consumo- Commento al d.lgs. 6 settembre 2005, n° 206”*, a cura di V. Italia, 2006, p. 358

all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta”, mentre il professionista è “la persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che, nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale, utilizza il contratto di cui al primo comma”.

Nella sua formulazione originaria, l'articolo 1469 *bis*, primo comma c.c., il quale stabiliva che la normativa di recepimento non si sarebbe applicata ai contratti che avessero avuto un oggetto diverso dalla cessione di un bene o dalla prestazione di un servizio, contrastava con l'articolo 1, primo comma della Direttiva 1993/13/CE, secondo il quale la disciplina comunitaria riguarda tutti i contratti conclusi tra consumatore e professionista. Per questo motivo, ne è stata apportata una modifica dalla legge n° 526/1999, che ha garantito la possibilità che le disposizioni del Capo XIV-*bis* si applichino a tutti i contratti stipulati tra professionista e consumatore, indipendentemente dal loro oggetto³⁶.

Il legislatore italiano, in sede di recepimento, si è discostato a livello linguistico da quanto previsto dalla normativa comunitaria, poiché, mentre quest'ultima si intitola alle “clausole abusive”, le norme di attuazione sono state ribattezzate come disciplina delle “clausole vessatorie”, in riferimento alla categoria con cui la dottrina e la giurisprudenza tradizionalmente designano le condizioni contrattuali proposte unilateralmente ed aventi contenuto sperequativo³⁷.

La disposizione, oltre a dare una definizione di clausola abusiva analoga a quella introdotta dalla Direttiva, ritenendo tale quella pattuizione che, malgrado la buona fede, determina a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, al terzo comma elenca una serie di clausole presunte vessatorie fino a prova contraria.

³⁶E. GRAZIUSO, op. cit., 2010, pp. 30-31

³⁷S. MAZZAMUTO, op. cit., 2015, p. 190

Il percorso definitivo del contenuto della vessatorietà è proseguito dall'articolo 1469 *ter* c.c., il quale stabilisce che la presenza di tale caratteristica in una clausola è valutata, anzitutto, tenendo conto delle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto e prendendo in considerazione la natura del bene o del servizio oggetto dello stesso, mentre non concorre in tale direzione l'apprezzamento dell'adeguatezza del corrispettivo di beni o servizi, purché individuati in modo chiaro e comprensibile. In questo modo, il controllo di tipo sostanziale sul contenuto del regolamento negoziale viene circoscritto e limitato alla valutazione di diritti e obblighi nascenti dal contratto, con esclusione dell'oggetto e dell'adeguatezza del corrispettivo della prestazione³⁸.

Dal punto di vista dei rimedi, al momento del recepimento, l'espressione contenuta nell'articolo 6 della Direttiva, secondo la quale le clausole vessatorie sono “non vincolanti”, è stata tradotta nella previsione di un'inefficacia delle stesse: in particolare, l'art 1469 *quinquies*, primo comma c.c. stabilisce che “*le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 1469 bis e 1469 ter sono inefficaci mentre il contratto rimane efficace per il resto*”.

Nonostante i dubbi manifestati da una parte della dottrina circa la qualificazione del rimedio come nullità o come inefficacia in senso stretto, la scelta del legislatore apparve felice, non solo in quanto si poneva in continuità con il testo dell'articolo 1341 c.c., il quale prevede che le clausole vessatorie non hanno effetto, ma soprattutto perché scongiurava l'applicazione dell'articolo 1419, primo comma c.c., dettato per la nullità parziale e quindi la regola della possibile estensione dell'inefficacia della clausola all'intero contratto. Infatti, anche a causa del tenore equivoco dell'articolo 6, primo comma della Direttiva, secondo il quale il contratto privato della clausola abusiva

³⁸G. SMORTO, op. cit., 2001, pp. 71-72

non vincolante rimane in piedi per il resto “*sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive*”, l'eventuale ricorso alla figura della nullità della singola clausola avrebbe esposto il consumatore al rischio di vedere travolto il contratto nella sua totalità. Il legislatore italiano, quindi, ha ritenuto più opportuno adottare una figura di inefficacia, accompagnata da caratteristiche peculiari, quali la legittimazione relativa, in quanto riservata solo al consumatore, la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice, ma nel solo interesse della parte debole e la parzialità, posta la previsione per cui “*il contratto rimane efficace per il resto*”³⁹.

Accanto al rimedio di carattere individuale-successivo di cui all'articolo 1469 *quinquies* c.c., in forza del quale il consumatore ha la possibilità di agire in giudizio nei confronti del professionista per ottenere la declaratoria di inefficacia della clausola vessatoria inserita nel regolamento negoziale di cui è parte, la nuova disciplina codicistica introduce uno strumento ulteriore di controllo dei contratti unilateralmente predisposti dal professionista. In tal senso, l'art 1469 *sexies* c.c. predispone una tutela di carattere preventivo-collettivo nell'ipotesi di contratti in cui si riscontra l'impiego di condizioni generali di contenuto vessatorio, assicurando alle associazioni rappresentative dei consumatori, dei professionisti e alle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, la possibilità di adire l'autorità giudiziaria ordinaria, chiedendo che ne venga inibito al professionista l'uso.

Quest'ultimo rimedio fornisce la possibilità di incidere in modo consistente sullo svolgimento dell'attività professionale e, specificamente, imprenditoriale, in quanto garantisce un intervento sull'attività di predisposizione unilaterale di condizioni negoziali finalizzate a disciplinare in modo uniforme determinati rapporti.

³⁹G. ALPA, op. cit. 2007, pp. 40-41

Difatti, mentre la sanzione dell'inefficacia della clausola accertata come vessatoria, tutelando gli interessi del singolo consumatore in relazione ad un regolamento contrattuale specifico, esplica i propri effetti nell'ambito di una sfera di interessi circoscritta, gli effetti inibitori della tutela di cui all'articolo 1469 *sexies* c.c., estendendosi a tutti i professionisti che impiegano condizioni generali di contratto delle quali sia stato accertato il carattere vessatorio, proteggono gli interessi della collettività intera dei consumatori⁴⁰.

L'esigenza di predisporre un rimedio utilizzabile a prescindere dalla fattispecie concretamente riferibile a un singolo contraente e azionabile anche dagli enti esponenziali di interessi di una collettività di soggetti era stata posta in evidenza già in sede comunitaria. In particolare la Direttiva, all'articolo 7, primo comma, disponeva che gli Stati membri avrebbero dovuto fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra professionisti e consumatori, la legittimazione all'utilizzazione dei quali sarebbe dovuta essere riconosciuta a persone o organizzazioni aventi un interesse legittimo alla tutela dei contraenti deboli. Inoltre, la normativa comunitaria attribuiva ai legislatori nazionali piena discrezionalità nella scelta se conferire la competenza per l'azione all'autorità ordinaria o a quella amministrativa, che per l'Italia è stata a favore di un controllo affidato all'autorità giudiziaria ordinaria⁴¹.

⁴⁰E. PODDIGHE, op. cit., 2000, pp. 369-370

⁴¹*Ibidem*, pp. 371-372

2.5 L'evoluzione successiva della normativa italiana: l'introduzione del Codice del Consumo

In epoca successiva la disciplina delle clausole vessatorie, risultato della novellazione del codice civile e delle modifiche ad essa apportate nel corso degli anni, è stata traslata nel decreto legislativo 6 settembre 2005, n° 206, cosiddetto Codice del consumo, agli articoli 33 ss.

L'adozione del Codice del consumo, così come quella di altri codici, tra i quali spiccano il Codice dei diritti di proprietà industriale e il Codice delle assicurazioni private, si inserisce nell'ambito di un fenomeno più ampio, integrante una nuova fase di codificazione, improntata alla semplificazione e al riordino normativo, nell'ottica del superamento della contraddittorietà, dell'onerosità e della scarsa qualità dell'apparato di regole caratterizzanti l'ordinamento italiano. In particolare, l'obiettivo perseguito dal Codice del consumo è quello di giungere ad una riorganizzazione sistematica delle leggi a tutela del consumatore, che non ne stravolga l'originaria formulazione, sempre mantenuta al di fuori delle ipotesi in cui una modifica si fosse resa necessaria a fronte di esigenze di coordinamento o aggiornamento⁴².

In un primo momento non si ritenne che in tale opera di riagggregazione sarebbero dovuti essere coinvolti gli articoli del Capo XIV-*bis* c.c., nel timore che, altrimenti, si sarebbe potuto perdere il significato sistematico del loro faticoso inserimento in un corpo normativo, quale quello del codice civile e in particolare della disciplina generale del contratto, tradizionalmente immune, come anche precedentemente precisato, da innovazioni e modifiche di rilievo. Pertanto, mentre in una prima versione del testo si operò un rinvio alle disposizioni di cui

⁴²V. RIZZO, *Commento sub art. 33, comma 1, cod. cons.*, in “*I contratti del consumatore – Commentario al Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n° 206)*”, a cura di E. Cesàro, Padova, 2007, p. 11

agli articoli 1469 *bis-sexies* c.c., nella seconda stesura si optò per eliminare qualsiasi riferimento alle stesse⁴³.

Tuttavia, il Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, espresse un parere negativo in relazione all'omissione, ritenendo che, in tal modo, si sarebbe privato il codice “*di alcune disposizioni fondamentali in tema di tutela del consumatore, incidendo sull'organicità della disciplina e impedendo un'accurata opera di raccordo tra dette norme e quelle collocate al di fuori del codice civile*”⁴⁴. A fronte di tale parere, la normativa sulla tutela del consumatore è stata inserita nella stesura definitiva del Codice del consumo, dando vita ad un vero e proprio *corpus* normativo sostitutivo del Capo XIV-*bis*, che oggi, in virtù della previsione dell'articolo 142 cod. cons., si compone del solo articolo 1469 *bis* c.c., il quale recita che “*le disposizioni del presente titolo si applicano ai contratti del consumatore ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni più favorevoli al consumatore*”.

La disciplina della tutela del consumatore contro le clausole abusive, contenuta oggi nella Parte III, Titolo I, del Codice del consumo, rubricato “*Dei contratti del consumatore in generale*”, lascia pressoché immutate le disposizioni del codice civile in essa trasfuse, perdendo in questo modo l'occasione di rimediare ai difetti di formulazione, alle incongruenze e alle contraddizioni che avevano caratterizzato il testo originario della novella codicistica⁴⁵. Si riscontra, pertanto, una corrispondenza quasi perfetta tra gli abrogati articoli 1469 *bis-sexies*

⁴³E. GRAZIUSO, op. cit. 2010, p. 39

⁴⁴Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza del 20 Dicembre 2004, n° 11602

⁴⁵Solo per fare un esempio, non viene modificata la locuzione “malgrado buona fede”, che aveva suscitato incertezze circa la possibilità di riferire il dettato normativo alla buona fede soggettiva del predisponente o alla eventualità di correggere in via interpretativa l'espressione della norma, per riferirla alla buona fede oggettiva, come emerge dalla Direttiva comunitaria (nella versione non modificata dall'errore di traduzione recepito dal legislatore italiano), come sottolinea anche A. BARENGHI, *Commento sub artt. 33 e 39 cod. cons.*, in “*Codice del consumo*”, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2008, p. 213.

c.c. e gli articoli 33 ss. cod. cons., i quali ne hanno aggiustato e modificato solo in parte e in modo marginale alcuni aspetti.

Gli interventi alla disciplina codicistica precedente da parte del Codice del consumo si possono riassumere: nell'eliminazione delle definizioni di consumatore e professionista, ora contenute nella parte iniziale del Codice; nell'introduzione all'articolo 36 cod. cons. della “nullità di protezione” al posto dell'inefficacia, quale sanzione, irrogata nell'ambito di un giudizio individuale e concreto, nei confronti delle clausole vessatorie presenti nei contratti del consumatore; nella previsione di un collegamento della disciplina dell'azione inibitoria speciale con la più ampia disciplina dell'azione inibitoria generale, prevista nella Parte V del codice.

A ciò si affianca l'aggiunta all'articolo 38 cod. cons., una norma di rinvio, la quale prevede una forma di raccordo tra le disposizioni del Codice del consumo e quelle del codice civile, disponendo che *“per quanto non previsto dal codice ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista si applicano le disposizioni del codice civile”*.

3. La nullità di protezione dell'articolo 36 cod. cons. e le sue caratteristiche

Nell'ambito della disciplina del Codice del consumo, una delle innovazioni più rilevanti rispetto alla normativa consumeristica, da questo raccolta e organizzata, è rappresentata dalla disposizione di cui all'articolo 36 cod. cons., il quale ha sostituito la previsione dell'inefficacia delle clausole considerate vessatorie nei contratti conclusi tra professionisti e consumatori, di cui all'originario articolo 1469 *quinquies* c.c., con la nullità. La norma, rubricata *“nullità di protezione”*, al primo comma stabilisce, infatti, che *“le clausole*

considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto”.

L'articolo 36 cod. cons. rappresenta una delle previsioni testuali di nullità “anomale”⁴⁶ presenti all'interno del Codice del consumo e, in particolare, come indicato nella rubrica della disposizione stessa, integra un'ipotesi di nullità cosiddetta di protezione, espressamente consacrata dai provvedimenti comunitari a favore dei consumatori e finalizzata a proteggerli a fronte dello squilibrio contrattuale, derivante dalla posizione di supremazia economica della controparte, imprenditore o professionista⁴⁷. Il ricorso a queste forme di invalidità, nella legislazione a tutela dei consumatori, si caratterizza, pertanto, come precisato in precedenza, per la circostanza che il rimedio invalidatorio viene utilizzato allo scopo di fornire una protezione diretta e immediata all'interesse di uno dei contraenti, sottintendendo comunque la tutela di interessi di carattere generale.

La preordinazione alla tutela dell'interesse del contraente debole è un elemento che inevitabilmente si traduce, a livello di disciplina, nel riconoscimento di una serie di caratteristiche peculiari della nullità di protezione, riassumibili: nel carattere parziale dell'invalidità, limitata esclusivamente alle singole clausole del regolamento contrattuale considerate vessatorie; nel carattere relativo della legittimazione all'azione, cioè nell'azionabilità del rimedio solo ad iniziativa del consumatore; nella rilevabilità d'ufficio della nullità ad opera del giudice, anche se nel solo nell'interesse e ad esclusivo vantaggio del contraente debole⁴⁸.

⁴⁶L'espressione è usata da M. GIROLAMI, *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus nel sistema dell'invalidità negoziale*, in “*Le forme della nullità*”, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, p. 56

⁴⁷G. GRASSO, *La disciplina dell'invalidità nei principi di diritto europeo dei contratti*, Napoli, 2005, p. 265

⁴⁸Sul punto, si esprimono, per citarne alcuni G. GRASSO, op. cit., 2005, p. 267; M. GIROLAMI, op. cit., p. 56; G. D'AMICO, *Nullità virtuale-nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in “*Le forme della nullità*”, a cura di S. Pagliantini,

In merito al tema della rilevabilità d'ufficio della nullità della clausola vessatoria, riflessioni più compiute verranno svolte nel capitolo che segue. Pertanto, l'attenzione nei prossimi paragrafi sarà concentrata sulla disamina degli altri due elementi di peculiarità della disciplina della nullità di protezione, quali il carattere relativo della legittimazione ad agire e la parzialità.

3.1 La legittimazione relativa ad agire a favore del consumatore

Il rilievo secondo il quale la nullità di cui all'articolo 36 cod. cons. è predisposta per garantire protezione al contraente debole, ha portato a riconoscere l'esistenza di una riserva di legittimazione a far valere il vizio, nell'ambito di un'azione individuale diretta ad ottenere la dichiarazione d'invalidità delle clausole vessatorie, esclusivamente in capo alla parte che ha subito il pregiudizio.

La disciplina comune non esclude, in linea di principio, l'ammissibilità del carattere relativo della nullità, come emerge dalla disposizione di cui all'articolo 1421 c.c., rubricata "*legittimazione all'azione di nullità*", la quale fa salve le "*diverse disposizioni di legge*" rispetto alla regola generale dell'assolutezza dell'azionabilità del rimedio⁴⁹.

Tale elemento, però, non è ricavabile direttamente dalla disciplina normativa prevista in tema di nullità delle clausole abusive nei contratti con i consumatori, posto che sia la Direttiva 1993/13/CE, che il Codice del consumo, non prevedono alcuna indicazione esplicita in tal senso.

Torino, 2009, p. 12-13; A. GENTILI, op. cit., 2012, pp. 702-704.

⁴⁹L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie e le nullità a tutela della parte debole del contratto*, in "*Contratto e impresa*", 2005, 1, pag. 149 ss.

Oltre a questo, è necessario tenere presente che, nell'ambito delle diverse interpretazioni emerse già nella vigenza dell'articolo 1469 *quinquies* c.c., da parte di chi qualificava l'inefficacia quale nullità, si era prospettata la legittimazione assoluta quale conseguenza del rilievo d'ufficio del vizio da parte del giudice, in quanto simbolo di una disciplina a tutela dell'interesse generale⁵⁰.

La mancanza di una specifica disposizione legislativa, che ammetta esplicitamente la configurabilità del carattere relativo della nullità dei patti abusivi, ha fatto emergere alcune soluzioni interpretative, le quali ritengono che si possa pervenire ad un tale risultato semplicemente facendo leva su un'adeguata interpretazione della norma finalizzata alla protezione della parte debole⁵¹.

In questa direzione, è stato, anzitutto, ribadito come la nullità di protezione di cui all'articolo 36 cod. cons. rientri nell'ambito di quelle invalidità di origine comunitaria, le quali, a differenza di quelle di diritto comune, sono dirette a tutelare interessi ritenuti di volta in volta meritevoli di protezione dal legislatore, i quali non necessariamente coincidono con quelli della generalità dei consociati.

Questa considerazione, su cui in precedenza ho avuto modo di soffermarmi, trova conferma nel contenuto nella Direttiva 1993/13/CE, la quale stabilisce che la disciplina in essa contenuta è predisposta a vantaggio del consumatore in posizione di inferiorità rispetto al professionista. E tale previsione viene ripresa anche nella formulazione dell'articolo 36 cod. cons., terzo comma, secondo cui: *“la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice”*.

Perciò, posto che in base alla disposizione di cui all'articolo 1421 c.c. la legittimazione all'azione spetta solo a chi ha un interesse meritevole

⁵⁰Z. DE CRISTOFARO, *Commentario breve al diritto dei consumatori: Codice del consumo e legislazione complementare*, Padova, 2013, p. 398

⁵¹L. VALLE, op. cit., 2005

di essere tutelato dall'ordinamento⁵², è evidente che, nell'ambito della nullità di cui si tratta, soltanto il contraente debole, in quanto portatore degli interessi specificamente garantiti dalla norma, può invocare l'accertamento della patologia. In altre parole, trattandosi di discipline dell'invalidità dirette a soddisfare un interesse individuale e particolare, quello del consumatore in posizione di debolezza rispetto alla controparte-professionista, è necessario riconoscere il carattere relativo della legittimazione all'azione, in quanto diretto a rimettere la possibilità di adire il giudice nell'esclusiva disponibilità della parte contrattuale nel cui interesse è data la previsione legislativa.

Tale deroga al principio generale, in virtù del quale la nullità può essere fatta valere da *“chiunque vi ha interesse”*, è giustificata dalla necessità di evitare che il professionista possa avvalersi degli strumenti di tutela che l'ordinamento predispone ad esclusivo vantaggio del consumatore, vanificandone, così, la finalità protettiva. Invero, dato che la nullità incide su una composizione di interessi che può essere valutata esclusivamente dal contraente debole, in quanto è a suo vantaggio che l'invalidità opera e, dato che in certe ipotesi il consumatore potrebbe essere pregiudicato dalla pronuncia d'invalidità, *“non si può consentire alla controparte di nuocergli, sebbene in astratto sarebbe conforme all'interesse pubblico alla razionalità del mercato abolire questi patti irrazionali”*⁵³. In questo modo, il legislatore *“lascia arbitro la parte più debole di mantenere in vita o meno il contratto, evitando la resistenza del contraente più forte, di fronte alla richiesta [...] di eliminazione della clausola abusiva”*⁵⁴.

⁵²La disposizione, infatti, stabilisce testualmente che *“salvo diverse disposizioni di legge, la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice”*.

⁵³A. GENTILI, op. cit., 2012, p. 702

⁵⁴G. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente*, in *“Contratto e impresa”*, 1999, pag.1333 ss.

3.2 La parzialità della nullità

Un altro elemento caratterizzante la disciplina della clausole abusive, così come risultante dalla Direttiva 1993/13/CE, è rappresentato dalla previsione della sopravvivenza del contratto decurtato delle clausole aventi carattere vessatorio. In particolare, l'articolo 6 della Direttiva, dopo aver stabilito che tali patti abusivi non vincolano il consumatore, prosegue affermando che, nell'ipotesi in cui il contratto possa sussistere anche senza di essi, questo resta vincolante per le parti secondo gli stessi termini.

Tale disciplina trova la sua ragion d'essere nel fatto che l'obiettivo specifico, perseguito dal legislatore comunitario, consiste nella correzione del contratto, non nella sua rimozione integrale, che contrasterebbe con l'interesse del contraente debole ad ottenere, sia pure a condizioni eque, la soddisfazione del bisogno che lo ha indotto a stipulare⁵⁵. E ad un tale risultato si può pervenire soltanto limitando il rimedio invalidatorio esclusivamente alla clausola disapprovata, la quale deve essere, pertanto, isolata e rimossa dal regolamento negoziale, il quale, per il resto, rimane efficace.

Si ritiene⁵⁶, tuttavia, che il raggiungimento di un tale risultato potrebbe essere compromesso se, nelle ipotesi in esame, trovasse applicazione la disposizione di cui all'articolo 1419, primo comma c.c., che regola in termini generali la nullità parziale del contratto. Tale norma sancisce l'estensione della nullità della clausola all'intero negozio qualora, all'esito di una verifica a posteriori circa la volontà ipotetica dei contraenti, risulti che essi “*non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità*”. Ciò in

⁵⁵S. POLIDORI, op. cit., 2001, p. 190

⁵⁶In particolare A. D'ADDA, *Nullità parziale ed integrazione del contratto con regole dispositive*, in “*Le forme della nullità*”, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, p. 116-117

considerazione del fatto che, in base ad essa, nella maggior parte dei casi si dovrebbe riconoscere carattere totale al rimedio invalidatorio, dovendosi escludere che le parti avrebbero egualmente concluso il contratto in assenza della clausola abusiva, posto che, normalmente, l'intento di colui che l'ha imposta è contrario al mantenimento del negozio privato “*di quella parte del suo contenuto*”. Pertanto, dal momento che il giudizio di prognosi postuma esige la ricostruzione della comune intenzione di entrambe le parti, la sussistenza della volontà contraria alla conservazione del contratto viene, spesso, ricavata dalla prova che anche uno solo dei contraenti “*mai avrebbe dato il proprio consenso ad un regolamento di interessi che quella pattuizione non contempli*”⁵⁷.

A un tale risultato si arriverebbe, in realtà, anche nell'ipotesi in cui si accogliesse una lettura oggettiva della norma, che ritenga salvo quel regolamento negoziale che, pur depurato della clausola abusiva, sia comunque in grado di realizzare un assetto di interessi coerente con quello originariamente voluto dalle parti⁵⁸. Infatti, di norma, è proprio la clausola nulla a caratterizzare il rapporto negoziale, in quanto determinante quel significativo squilibrio di diritti e obblighi voluto specificamente dal contraente “forte”, che l'ha imposta.

Nel tentativo di giustificare la disapplicazione, a tali ipotesi, della previsione di cui all'articolo 1419, primo comma c.c., gli interpreti hanno fatto ricorso a tutta una serie di argomentazioni.

In questa direzione, inizialmente, si è ritenuto opportuno, all'interno dell'articolo 1469 *quinquies* c.c., qualificare il rimedio, previsto nei confronti delle clausole vessatorie inserite nei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore, come inefficacia, piuttosto che come nullità. Tale richiamo, infatti, consentirebbe, sin dall'origine, di

⁵⁷A. D'ADDA, *Invalidità dei patti abusivi, correzione legale del contratto e disciplina della nullità parziale*, in “*Obbligazioni e Contratti*”, 2008, 6, pag. 487 ss.

⁵⁸A. D'ADDA, op. cit., 2009, p. 117

sottrarre il contratto alla disciplina generale della nullità parziale e, quindi, di ottenere la salvezza del regolamento residuo una volta inibita la produzione di effetti della clausola abusiva.

Col tempo, però, la tesi dell'inefficacia è stata per lo più abbandonata, sia per i dubbi sorti relativamente alla reale possibilità della stessa di eludere la regola di cui all'articolo 1419 c.c., la cui disciplina, in alcune ipotesi, è stata applicata per analogia proprio all'inefficacia parziale, il cui statuto è incerto in quanto privo di regolamentazione positiva, sia perché il nuovo articolo 36 cod. cons. sanziona espressamente il patto abusivo con la nullità⁵⁹.

Ad oggi è lo stesso legislatore che, consapevole degli ostacoli che la normativa di cui all'articolo 1419 c.c. in tema di nullità parziale frappone alla correzione del contratto mediante eliminazione della clausola vessatoria, ha previsto un meccanismo alternativo ed esplicitamente derogatorio della normativa comune, stabilendo, contestualmente alla caducazione del patto abusivo, la salvezza, per il resto, del contratto⁶⁰. Nel testo dell'attuale articolo 36 cod. cons., al primo comma, si prevede, infatti, che, una volta accertata la vessatorietà delle clausole, il contratto “*rimane valido per il resto*”. In questo modo, viene esplicitamente riconosciuto il carattere parziale della nullità di protezione prevista all'articolo 36 cod. cons., implicante una limitazione della pronuncia di invalidità alle singole clausole

⁵⁹*Ibidem*, p. 118-119

⁶⁰Ciò non esclude, tuttavia, che la disciplina comune della nullità parziale non possa essere aggirata dagli interpreti anche in mancanza di una espressa previsione di legge in tal senso. Anzitutto, si potrebbe ipotizzare l'operare in via analogica di quelle previsioni che espressamente garantiscono la conservazione del contratto “per il resto”. Nondimeno, tale prospettiva rischia di scontrarsi con l'eterogeneità delle previsioni che sanzionano patti abusivi, le quali perseguono interessi diversi (in alcuni casi la mera protezione di una parte, in altri il corretto funzionamento del mercato). Pertanto, appare più condivisibile l'opzione per la quale la limitazione dell'estensione della nullità all'intero negozio si fonda sulla considerazione della ratio della previsione della nullità, in modo tale che essa rimanga confinata al solo patto abusivo quando ciò appare conforme alla natura della previsione imperativa di protezione. In questo senso A. D'ADDA, *Invalidità dei patti abusivi, correzione legale del contratto e disciplina della nullità parziale*, in “*Obbligazioni e Contratti*”, 2008, pag. 487 ss.

considerate abusive, ai sensi degli articoli 33 e 34 cod. cons., che non si estende al contratto nella sua interezza: si parla, in tal senso, di “nullità parziale necessaria” .

Grazie a queste considerazioni, è possibile rilevare come, nel tempo, è maturata una tendenza, avvalorata anche da una serie di discipline positive, che esprimono scelte di sistema in favore della compatibilità tra nullità e scopi di protezione, a vedere nella nullità non solo una sanzione del difetto della fattispecie, ma piuttosto uno strumento che garantisce la correzione del contratto e, quindi, la salvaguardia della posizione di uno dei due contraenti⁶¹. L'interesse alla difesa del consumatore, che anima il rimedio della nullità di protezione, richiede, pertanto, che il contratto sopravviva, seppur depurato da quelle pattuizioni che si pongono come pregiudizievoli per il contraente debole. La possibilità di conservare il regolamento negoziale è, infatti, maggiormente in linea con la finalità di tutela perseguita, in quanto mira ad evitare che la parte debole possa essere sottoposta ad un pregiudizio ulteriore, derivante dalla caducazione di un rapporto che è comunque diretto all'acquisizione di beni o servizi di consumo, purché ovviamente tale nuovo assetto risponda al suo interesse.

Senza tener conto del fatto che la nullità assoluta del contratto potrebbe essere utilizzata dal contraente non protetto, in pregiudizio dell'altra parte, per sottrarsi al vincolo negoziale, a fronte di sopravvenute valutazioni di convenienza e nonostante la mancanza di un suo apprezzabile interesse che necessita di essere tutelato.

D'altronde, la regola della nullità parziale necessaria è strettamente legata a quella della legittimazione attiva riservata al contraente protetto⁶². Invero, il professionista, il quale non è legittimato a far valere la nullità delle singole clausole contenute nel contratto che lo lega al consumatore (né è interessato a farlo, dato che in genere si

⁶¹A. D'ADDA, op. cit., 2009, p. 121

⁶²G. D'AMICO, op. cit., 2009, p. 13

tratta di pattuizioni che lo avvantaggiano), non ha nemmeno la possibilità, facendo leva sull'invalidità delle stesse, di chiedere la caducazione dell'intero rapporto negoziale. Una simile eccezione presupporrebbe, difatti, un pari peso delle volontà dei contraenti, che, però, non si rinviene in questo contesto, nel quale la legge, per rimediare allo squilibrio nella negoziazione, privilegia il contraente protetto, a tutela del cui esclusivo vantaggio opera la nullità⁶³.

L'intento perseguito del legislatore è, quindi, quello di evitare che il rimedio della nullità si trasformi, da strumento di protezione, in motivo di insoddisfazione dei bisogni del consumatore, sottesi all'adozione del regolamento contrattuale.

3.3 L'integrazione del contratto: ammissibilità e regole

Le riflessioni elaborate nel paragrafo precedente portano, quindi, ad affermare che la regola comune in tema di nullità parziale, secondo cui l'invalidità di singole clausole si estende all'intero regolamento contrattuale, non sia adeguata in quelle situazioni nelle quali l'obiettivo perseguito dal legislatore consiste nella protezione del contraente in posizione di debolezza.

Tuttavia *“una riflessione appena più approfondita suggerisce come i risultati guadagnati non assicurino sempre e comunque quelle finalità di adattamento del negozio connaturate a molte delle recenti previsioni di nullità di protezione”*⁶⁴, anche in ipotesi, tra cui quelle in esame, nelle quali è prevista espressamente la “conservazione per il resto” del contratto, a fronte dell'eliminazione del patto abusivo. Infatti, tale meccanismo di correzione è utilizzabile soltanto in situazioni nelle quali la clausola vessatoria non definisce elementi essenziali del

⁶³A. GENTILI, op. cit., 2012, p. 704

⁶⁴A. D'ADDA, op. cit., 2008, pp. 487 ss.

contratto⁶⁵, in modo che il regolamento negoziale, anche privato della stessa, è comunque in grado di conservare un significato autonomo. Pertanto, in caso contrario, ovvero in mancanza di un'adeguata tenuta strutturale del contratto, il rischio è che se ne renda inevitabile la caducazione per intero, cosa che, come già precisato, non sarebbe in linea con la finalità di protezione sottesa alla normativa.

È possibile, però, scongiurare un tale pericolo affiancando al riconoscimento della necessaria parzialità dell'invalidità l'integrazione del contenuto del negozio, in sostituzione del patto abusivo dichiarato nullo.

In mancanza, nell'ordinamento italiano, di una regolazione espressa in materia, sembrerebbero poter trovare applicazione le disposizioni di cui all'articolo 1339 c.c., dedicato all'inserzione automatica di clausole nei contratti, *“anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti”*, e all'articolo 1419, secondo comma, c.c., in virtù del quale *“la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative”*. Invero, l'articolo 38 cod. cons. stabilisce che, in assenza di una previsione esplicita nel Codice del consumo, è necessario fare riferimento, per i contratti conclusi tra consumatore e professionista, alle disposizioni del codice civile.

Nonostante questo elemento e malgrado il fatto che l'inserimento nel negozio, privato della clausola vessatoria, di regole legali consenta di superare ogni problema di tenuta strutturale dello stesso, non è possibile, nell'ipotesi considerata, procedere ad una sostituzione delle pattuizioni vessatorie invalide secondo il meccanismo tradizionale di integrazione coattiva⁶⁶. Ciò perché tale congegno integratorio

⁶⁵Il che essenzialmente avviene quando la nullità della clausola compromette l'identificazione delle prestazioni oggetto del contratto, ovvero la causa del negozio.

⁶⁶E. FERRICELLI, *Inserzione imperativa di norme dispositive nel nuovo diritto dei contratti*, in *“Obbligazioni e contratti”*, 2008, pp. 740 ss.

presuppone che la lacuna contrattuale si sia creata dal contrasto tra la clausola pattizia e una norma imperativa, mentre, invece, nel caso di specie, essa è il frutto di una deroga abusiva a norme dispositive. Pertanto, il verificarsi di una tale situazione sarebbe *“del tutto estranea agli interventi del legislatore che sanziona i patti abusivi, che si tiene ben «alla larga» dalla predisposizione di contenuti legali «giusti», optando per un intervento sul contenuto negoziale certo alternativo a quello in discorso”*⁶⁷.

Di conseguenza, per colmare il vuoto che si determina nel regolamento negoziale per effetto della nullità della clausola vessatoria, si ritiene possibile ricorrere proprio a quelle norme dispositive illecitamente derogate dalle clausole convenzionali, a dispetto dell'assenza di una disciplina legislativa esplicita in tal senso⁶⁸.

Inoltre, secondo alcuni autori⁶⁹, sarebbe ammissibile, in mancanza di norme aventi carattere dispositivo applicabili al caso concreto, l'applicazione della disposizione di cui all'articolo 1374 c.c., rubricato *“integrazione del contratto”*⁷⁰. In questo modo, la clausola vessatoria verrebbe ad essere sostituita, secondo la sequenza indicata nella norma, attingendo alle risorse degli usi, o, in via sussidiaria, avvalendosi del criterio equitativo.

Vi è, anche, chi ammette un intervento integrativo del giudice, diretto a ripristinare l'equilibrio del contratto, una volta eliminata la pattuizione abusiva⁷¹. Tuttavia, in linea di principio, tale ultima ipotesi è vista con

⁶⁷A. D'ADDA, op. cit., 2008, pp. 487 ss.

⁶⁸La possibilità di ricorrere a norme dispositive è prevista, invece, espressamente in altri ordinamenti, quale quello tedesco: nel BGB, il § 306, in virtù del quale *“per quanto le clausole non sono divenute parte del contratto o sono inefficaci, il contenuto del contratto si regola secondo le disposizioni di legge”*, si stabilisce che il vuoto contrattuale creato in seguito alla "inefficacia" di alcune clausole convenzionali viene regolato da norme di legge.

⁶⁹Tra cui A. FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in *“Le forme della nullità”*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, p. 103

⁷⁰Articolo 1374 c.c.: *“il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità”*.

⁷¹L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie e il codice del consumo*, in *“Contratto e impresa”*, 2006, 3, p.662 ss.

sospetto, in quanto percepita come lesiva dell'autonomia privata e, d'altronde, non si sono avuti ancora significativi esempi di applicazione giurisprudenziale in tal senso.

4. Nullità di protezione testuali

Alla disciplina del rimedio contro le clausole vessatorie, previsto all'articolo 36 cod. cons., si affiancano altre ipotesi di nullità, definite “speciali”, in quanto poste anch'esse a tutela della parte debole del rapporto contrattuale, sia essa consumatore o meno, previste in varie fonti all'interno dell'ordinamento italiano. Si parla in tal caso di “nullità di protezione testuali”, stante la presenza di una previsione legislativa contenente una specifica regolamentazione dei caratteri del rimedio.

Il cospicuo numero di disposizioni contenenti casi di nullità di protezione testuali consentono di apprezzare come i profili marcati la disciplina di tali vizi, la quale, peraltro, per lo più non è delineata dal legislatore, si concentrano essenzialmente nella legittimazione relativa ad agire e nella rilevabilità d'ufficio del vizio⁷². Tali affermazioni, in particolare, trovano conferma in alcune ipotesi esemplificative, esposte di seguito.

Anzitutto, particolarmente significative sono le nullità previste dal Testo unico delle disposizioni in materia bancaria e creditizia, d.lgs. 1 Settembre 1993, n° 385 e in particolare quella prevista all'articolo 127, secondo comma, il quale, nel dettare le regole generali relative all'attività di controllo operata dalle Autorità creditizie competenti, stabilisce che *“le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a*

⁷²A. GENTILI, op. cit., 2012, p. 673

*vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice*⁷³.

Un'altra previsione rilevante in tal senso è contenuta nel Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, d.lgs. 24 Febbraio 1998, n° 58, all'articolo 23, secondo comma, il quale riconosce la sussistenza di una regola di legittimazione relativa nell'azione contro la nullità a favore del cliente, parte di un contratto avente ad oggetto i servizi finanziari offerti dalle società di intermediazione mobiliare. Tale caratteristica è riconfermata in altre previsioni dello stesso Testo unico, tra cui in particolare l'articolo 24, secondo comma, secondo il quale la nullità dei patti contrari alle regole previste dalla stessa, in materia di gestione di portafogli, può essere fatta valere solo dal cliente e l'articolo 30, settimo comma, il quale stabilisce che, in tema di offerta fuori sede, la nullità del contratto, derivante dall'omissione dell'indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari, comporta il riconoscimento della legittimazione relativa a farla valere a favore del cliente⁷⁴.

Nell'ambito del Codice del consumo, oltre alla previsione di cui all'articolo 36 cod. cons., vengono in considerazione altre ipotesi di nullità testuali speciali, tra le quali emergono l'articolo 67 *septies decies*, il quale prevede che la nullità determinata dalla violazione delle regole in tema di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori può essere fatta valere solo dal consumatore. Analogamente, la disposizione successiva, l'articolo 67 *octies decies*, in tema di irrinunciabilità dei diritti attribuiti al consumatore, sancisce che la nullità delle pattuizioni adottate in violazione di tali prerogative *“può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice”*. Infine, tale regolamentazione è riconfermata dall'articolo 134, il quale riconosce che la nullità del patto, volto ad escludere o a limitare i diritti riconosciuti al consumatore in relazione alla disciplina sul difetto di conformità del bene, può essere fatta valere

⁷³A. ALBANESE, op. cit., 2003, p. 11

⁷⁴M. GIROLAMI, op. cit., 2009, p. 56

solo dal consumatore e rilevata d'ufficio dal giudice⁷⁵.

5. Nullità di protezione virtuali

La presenza nell'ordinamento italiano di nullità testuali di protezione ha sollevato numerosi dubbi relativamente alla possibilità di riconoscerne l'operatività anche in quelle ipotesi, nell'ambito delle quali, nonostante la mancanza di una comminatoria espressa di tale rimedio, esso appaia comunque conseguenza necessaria della violazione di una determinata norma imperativa.

Secondo una parte della dottrina⁷⁶, la configurabilità di nullità “virtuali” di protezione si fonderebbe sulla considerazione per cui, dato lo scopo di protezione a fondamento delle disposizioni violate, ad esse sarebbe possibile riconoscere carattere imperativo, al pari di quelle che comminano testualmente, quale sanzione per la loro violazione, la nullità di protezione. In questo modo, troverebbe applicazione la disposizione di cui all'articolo 1418, primo comma, c.c., che stabilisce che “*il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente*” e sarebbe, quindi, possibile riconoscere l'operatività del rimedio della nullità, nonostante la mancanza di una espressa previsione in tal senso.

Tuttavia, a giustificare l'attribuzione del carattere imperativo a quelle norme, prive di una precisa indicazione in merito alla conseguenza della loro violazione, non sarebbe solo l'omogeneità della *ratio* protettiva, ma anche il carattere indisponibile della tutela. Infatti, qualora si ritenga, al contrario, che la nullità del contratto possa essere comminata a fronte della lesione di qualsiasi tipo di interesse, purché

⁷⁵AA. VV., *Diritto privato, Tomo primo*, Torino, 2010, p. 363

⁷⁶In particolare A. ALBANESE, op. cit., 2003, pp. 45 ss.

essa ne garantisca in concreto una congrua tutela, si rischierebbe di rendere inoperante il requisito dell'imperatività, poiché di fatto si ammetterebbe che tale rimedio possa dipendere dalla violazione di qualunque norma. Rappresenterebbe, in tal senso, un esempio emblematico di nullità virtuale di protezione la disposizione di cui all'articolo 3 della legge 10 Ottobre 1990, n° 287, avente ad oggetto la “*tutela della concorrenza e del mercato*”, prevista nell'ambito della disciplina sulle intese, sull'abuso di posizione dominante e sulle operazioni di concentrazione. La norma, dopo aver sancito in apertura il divieto di abuso di posizione dominante all'interno del mercato nazionale o di una sua parte rilevante, prosegue specificando quelli che sono i comportamenti vietati, senza però stabilire specificamente, quale sanzione per la loro inosservanza, la nullità.

In maniera più convincente, un'altra parte della dottrina⁷⁷, ritiene, invece, doveroso effettuare una distinzione tra l'ipotesi in cui la qualificazione quale nullità di protezione e l'applicazione del relativo regime riguardino una nullità testuale, priva, però, di una specifica disciplina e la diversa situazione in cui esse si riferiscano alla violazione di una norma imperativa, per la quale il legislatore non ha espressamente indicato la nullità quale rimedio per la sua inosservanza. Si sostiene che, nel primo caso, sarebbe ammissibile la qualificazione come nullità di protezione virtuale del rimedio, poiché non sarebbe quest'ultimo, in quanto tale, ad essere virtuale, ma piuttosto il suo carattere protettivo, ricavabile dall'interprete solamente valutando la *ratio* della disposizione. Seguendo questa visione, perciò, sarebbe possibile, ad esempio, considerare nullità di protezione la fattispecie di cui all'articolo 9, terzo comma, della legge 18 Giugno 1998, n° 192, in tema di subfornitura, che si limita a comminare la nullità del patto attraverso il quale si realizza l'abuso di dipendenza economica.

⁷⁷In particolare, G. D'AMICO, op. cit., 2009, pp. 4 ss.

La stessa operazione risulterebbe, invece, più difficile da ipotizzare per la seconda ipotesi, cioè quella della nullità innominata, perché essa, preventivamente, richiederebbe una soluzione al problema se il contrasto con la norma imperativa generi nullità e non un altro rimedio. Infatti, in tal caso, secondo questa impostazione, si dilaterrebbero troppo i margini di valutazione dell'interprete, sul quale graverebbe il peso di una decisione relativa sia al rimedio applicabile, che alla sua disciplina.

6. Riflessioni conclusive sul rapporto tra nuove nullità di protezione e nullità di diritto comune e sulla loro collocazione nell'ambito delle invalidità

I caratteri distintivi della disciplina della nullità di protezione, individuati nel carattere parziale, nella limitata legittimazione ad agire e nella rilevabilità d'ufficio, non sono sempre testualmente presenti nelle norme che prevedono, quale rimedio per la loro violazione, una nullità che possa considerarsi protettiva. Invero, nell'ordinamento italiano, come anche affermato in precedenza, esistono, sia all'interno che all'esterno del Codice del consumo, disposizioni le quali riconoscono, come peculiarità dell'invalidità che comminano, solamente alcuni di quegli elementi, lasciando eventualmente all'interprete il compito di integrare lo statuto della fattispecie.

Nonostante ciò, si ritiene comunque che sia possibile ricondurre le varie ipotesi di nullità di protezione ad una vera e propria categoria, stante la sussistenza di una tendenziale stabilità, anche a fronte di formulazioni normative non sempre armoniche, almeno del cuore dei caratteri tradizionalmente riconosciuti a tale rimedio. Pertanto, non vi è alcun *“motivo di disconoscere che, pur in presenza di qualche aspetto*

*deviante o variabile nel contesto della disciplina delle singole invalidità di protezione, esiste un nucleo tendenzialmente ricorrente e stabile che le uniforma e che permette all'interprete di trattarle unitariamente*⁷⁸.

A fronte di tale premessa, è doverosa, anzitutto, la constatazione circa le profonde differenze che intercorrono tra le ipotesi di nullità di protezione e di nullità di diritto comune.

Perno di questa diversità è rappresentato, come più volte ribadito, dalla funzionalizzazione delle invalidità di derivazione comunitaria alla tutela di interessi settoriali o di categoria, facenti capo ad uno dei contraenti, in posizione di strutturale debolezza, le quali tendono, comunque, come fine ultimo, alla garanzia delle regole di concorrenza tra gli operatori economici. Quindi, posto che, invece, il modello classico della nullità si fonda sull'esigenza di tutelare un interesse pubblico generale, si giustifica una dismissione, da parte della categoria delle nullità speciali di protezione, dei caratteri tradizionalmente ascritti al rimedio, quali l'azionabilità da parte di chiunque vi abbia interesse e l'inefficacia totale del contratto.

Naturale conseguenza di tali riflessioni è la considerazione secondo la quale, stanti le caratteristiche qualificate come tipicamente riconducibili al genere delle nullità di protezione, queste ultime si collocano in una posizione ibrida nell'ambito della contrapposizione, sulla quale si impernia il sistema delle invalidità nel codice civile, tra nullità assoluta ed annullabilità. Infatti, mentre il carattere limitato della legittimazione ad agire avvicina la fattispecie speciale all'annullabilità, figura paradigmatica di invalidità che opera ad iniziativa di parte, la rilevabilità d'ufficio la connette piuttosto alla figura classica della nullità, esempio privilegiato, invece, di invalidità

⁷⁸M. GIROLAMI, op. cit., 2009, p. 79

operante ipso iure⁷⁹. La nullità di protezione, in questo senso, non si pone in un rapporto regola-eccezione rispetto alle figure tradizionali di invalidità, bensì coesiste con esse, riuscendo a ricavarsi una dimensione autonoma e una specifica collocazione nell'ordinamento.

Il quadro che ne deriva è quello di un sistema la cui stabilità e omogeneità non è compromessa dall'introduzione di queste nuove figure, le quali, piuttosto, affiancandosi ai rimedi tradizionali, creano un sistema di tutela nell'ambito del quale *“dall'invalidità quale categoria unitaria e compatta si è passati “alle” invalidità, quali pluralità di figure diverse”*⁸⁰.

⁷⁹*Ibidem*, pp. 58-59

⁸⁰G. GRASSO, op. cit., 2005, p. 269

Capitolo II

L'evoluzione della posizione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sul tema della rilevazione d'ufficio della nullità delle clausole abusive nei contratti con i consumatori

1. Premessa

Il sistema comunitario di tutela istituito dalla Direttiva 1993/13/CE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, è fondato sull'idea che, a causa della disparità di forza contrattuale, frutto del minor potere nelle trattative e della scarsa informazione, la parte più “debole” del negozio sia indotta ad aderire alle condizioni unilateralmente predisposte dalla controparte più “forte”, senza poter incidere sul loro contenuto. Per rimediare a tale situazione di inferiorità e ristabilire l'uguaglianza, la Direttiva, all'articolo 6⁸¹, sancisce l'obbligo per gli Stati membri di introdurre un sistema di protezione che garantisca che le pattuizioni abusive non vincolino il consumatore.

Tale disposizione, tuttavia, non detta una regolamentazione espressa riguardo ai poteri attribuiti all'organo giudicante e in particolare relativamente alla possibilità, per quest'ultimo, di rilevare d'ufficio la vessatorietà della clausola, con funzione di supplenza del consumatore, solamente al quale, in linea di principio, spetta la legittimazione a farla valere.

⁸¹Il quale, al primo comma, stabilisce che “*gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive*”.

La mancanza di una disciplina specifica in merito nella normativa comunitaria e, in alcuni casi, anche nella legislazione di recepimento di alcuni ordinamenti statali⁸², ha fatto sì che l'attenzione della Corte di Giustizia, investita di una serie consistente di domande pregiudiziali sollecitate da vicende legate all'applicazione della Direttiva, si sia indirizzata in modo particolare sulla valutazione di tale profilo⁸³. Una prima serie di pronunce, finalizzate ad “assicurare un'applicazione uniforme della disciplina nel contesto europeo”⁸⁴ e a colmare le lacune della normativa, sono particolarmente significative per l'intera materia delle clausole abusive, avendo suscitato un'importante eco nei diversi Paesi membri.

Per questo motivo, nel prosieguo del capitolo verrà analizzata l'evoluzione della posizione della Corte di Giustizia, con particolare attenzione per le varie sentenze nell'ambito delle quali tale tematica è stata affrontata.

Anzitutto, saranno oggetto di valutazione quelle pronunce, costituenti il nucleo centrale intorno al quale si sviluppa l'interpretazione del giudice comunitario, in cui si arriva ad affermare la sussistenza di un obbligo di rilevazione ufficiosa gravante sull'autorità giudiziaria nazionale.

In un secondo momento, invece, verranno analizzate alcune decisioni più recenti, nelle quali la Corte di Giustizia, partendo dalla considerazione di tale dovere, arriva ad ampliarne orizzontalmente la portata.

⁸²Aspetto, invece, oggetto di una specifica previsione nell'ordinamento italiano: l'attuale articolo 36 cod. cons., infatti, stabilisce espressamente che la nullità delle clausole vessatorie nei contratti stipulati con i consumatori può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

⁸³L. VALLE, op. cit., 2011

⁸⁴F. P. PATTI, *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto (Arbitrato bancario finanziario, collegio di Roma, ord. 23 maggio 2014, n. 3415)* [Commento a], in “Contratti”, 2014, 8/9, pp. 737 ss.

2. Dalla facoltà all'obbligo: l'evoluzione della posizione della Corte di Giustizia sul tema della rilevabilità d'ufficio della vessatorietà

A partire dagli anni duemila, la Corte di Giustizia ha emanato un insieme di sentenze nell'ambito delle quali si è pronunciata specificamente sul tema della rilevabilità d'ufficio della natura abusiva delle clausole inserite nei contratti stipulati tra consumatori e professionisti.

In tali decisioni, è stato rilevato come sia possibile garantire una protezione per il contraente debole solo se si ammette, nell'ambito del processo, un intervento positivo del giudice, quale soggetto estraneo al rapporto contrattuale. La Corte, infatti, guardando al grado di effettività di tutela giurisdizionale ed ai livelli ottimali di concorrenzialità del mercato comune⁸⁵, ha ritenuto che l'organo giudicante svolga un ruolo di supplenza del consumatore, il quale, se dovesse attivarsi autonomamente, rischierebbe di non poter beneficiare della difesa accordatagli. In questo modo, il giudice si pone *“quale soggetto super partes che si attiva a tutela della parte debole del rapporto, quando questa non sia stata ancora resa edotta della pendenza del processo ovvero sia rimasta contumace perché le risulta troppo oneroso difendersi nel foro esclusivo”*⁸⁶.

Nondimeno, a fronte del generale riconoscimento di un tale ruolo del giudice nella tutela del consumatore, si registra un'evoluzione nella posizione della Corte di Giustizia in merito alla qualificazione della

⁸⁵Come precisato nel Capitolo I, la *ratio* della Direttiva 1993/13/CE, infatti, consiste non solo nella protezione del singolo consumatore, ma anche nel perseguimento di finalità di interesse generale, quali la libertà di circolazione all'interno del mercato unico.

⁸⁶E. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c.p.c.*, in *“Rivista dell'arbitrato”*, 2006, 4, pp. 673 ss.

rilevazione d'ufficio dell'abusività delle pattuizioni negoziali quale mera possibilità o quale, piuttosto, dovere.

Invero, mentre in un primo momento la Corte ha ritenuto di poter ammettere l'esistenza di una semplice facoltà di valutazione della vessatorietà da parte dell'autorità giudiziaria nazionale, successivamente ha riconosciuto, in capo a questa, la sussistenza di un vero e proprio obbligo di accertamento d'ufficio.

2.1 La Corte di Giustizia riconosce la *facoltà* del giudice di rilevare la nullità delle clausole abusive

La prima occasione nella quale la Corte di Giustizia delle Comunità europee è stata chiamata a esprimersi sull'interpretazione della Direttiva 1993/13/CE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, è rappresentata dalla sentenza *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*⁸⁷.

Tale pronuncia ha fissato un primo punto fermo in materia di rilevabilità giudiziale delle pattuizioni aventi carattere vessatorio, asseverando un'interpretazione dell'articolo 6, primo comma, della Direttiva 1993/13/CE in virtù della quale “*una tutela effettiva del consumatore può essere ottenuta solo se il giudice nazionale ha facoltà di valutare d'ufficio tale clausola*” (punto n° 29).

Per cogliere la portata innovativa della decisione è necessario svolgere un'analisi, seppur breve, dei fatti che l'hanno originata e, soprattutto, del ragionamento compiuto dal giudice comunitario, che costituisce la

⁸⁷C. Giust. CE, sentenza 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 e C-244/98, Pres. G. C. Rodríguez Iglesias, Avv. Gen. A. Saggio, Océano Grupo Editorial SA c. Rocio Murciano Quintero e Salvat Editores SA c. José Sánchez Alcón Prades e altri, in *Foro Italiano*, 2000, pp. 413 ss.

base sulla quale si imposteranno tutte le decisioni successive sul tema. La questione pregiudiziale sollevata dinanzi alla Corte era sorta a fronte di una serie di controversie che due case editrici spagnole, la Océano Grupo Editorial SA e la Salvat Editores SA, avevano parallelamente instaurato nei confronti di cinque privati cittadini, con i quali avevano stipulato, in periodi diversi, contratti per la vendita a rate di enciclopedie. Dato che gli acquirenti non avevano versato le somme pattuite alle scadenze prefissate, le società venditrici avevano promosso nei loro confronti una serie di “*juicios de cognición*”⁸⁸, tramite i quali ne chiedevano la condanna al pagamento di quanto dovuto.

Nel caso di specie, i contratti di vendita, predisposti unilateralmente dalle case editrici mediante formulari, contenevano una clausola, accettata dagli acquirenti sottoscrittori, in virtù della quale, in caso di controversia, la competenza in materia sarebbe spettata esclusivamente al foro di Barcellona, città presso la quale entrambe le venditrici avevano la propria sede, ma in cui non era domiciliato nessuno dei convenuti. In tale contesto, il *Juzgado de Primera Instancia* n° 35 di Barcellona, innanzi al quale erano stati avviati i procedimenti, aveva sollevato, ai sensi dell'allora articolo 234 del Trattato istitutivo della Comunità europea (oggi divenuto articolo 267 TFUE⁸⁹), una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ritenendo di non essere competente a conoscere tali controversie. Infatti, pur a fronte di ripetute pronunce nelle quali il *Tribunal Supremo* aveva qualificato come “vessatorie” clausole derogatorie della competenza, analoghe a

⁸⁸Si tratta di un procedimento sommario riservato alle controversie di valore limitato (da 80.000 a 800.000 *pesetas*) e disciplinato dall'articolo 32 del decreto 21 novembre 1952 (in *Boletín Oficial del Estado* n° 337 del 2 dicembre 1952).

⁸⁹Il quale, ai primi due commi, recita: “*la Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione*”.

quelle presenti nei contratti di specie, si registrava una certa contraddittorietà nelle decisioni dei tribunali nazionali quanto alla possibilità, nell'ambito di procedimenti relativi alla tutela degli interessi dei consumatori, di rilevarne d'ufficio la nullità. D'altronde, l'ordinamento spagnolo non prevedeva una disciplina espressa relativamente ai poteri del giudice, al quale venisse sottoposto un contratto concluso tra un professionista e un consumatore, contenente clausole individuate come vessatorie⁹⁰.

Di conseguenza, ritenendo che la soluzione delle controversie che gli erano state presentate richiedesse un'interpretazione della Direttiva 1993/13/CE, in tema di clausole abusive, il *Juzgado de Primera Instancia* aveva chiesto alla Corte di Giustizia di chiarire “*se la tutela assicurata al consumatore dalla direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/ CE, concernente le clausole vessatorie nei contratti stipulati con i consumatori, consenta al giudice nazionale di pronunciarsi ex officio sul carattere vessatorio di una di dette clausole in sede di valutazione dell'ammissibilità di un'istanza proposta dinanzi ai giudici ordinari*”⁹¹.

La Corte di Lussemburgo affronta la questione pregiudiziale riconoscendo come la tutela assicurata ai consumatori dalla Direttiva implichi la *possibilità* del giudice nazionale, anche in assenza di un'espressa previsione normativa, di rilevare d'ufficio la vessatorietà della clausola contenuta nel contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, nell'ambito di una controversia sottoposta alla sua attenzione⁹².

⁹⁰A. ORESTANO, *Rilevabilità di ufficio della vessatorietà delle clausole*, in “*Europa e diritto privato*”, 2000, 4, pp. 1179 ss.

⁹¹La questione pregiudiziale, che nelle cinque ordinanze di rinvio è formulata in termini identici, è richiamata al punto n° 19 della sentenza in esame.

⁹²In particolare, la massima della sentenza recita “*la tutela assicurata ai consumatori dalla direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CE, concernente le clausole vessatorie nei contratti stipulati con i consumatori, comporta che il giudice nazionale, nell'esaminare l'ammissibilità di un'istanza propostagli, possa*

Anzitutto, la Corte ricorda che il sistema generale di protezione, approntato dalla Direttiva 1993/13/CE, si incardina sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto all'operatore professionale, sia per quanto riguarda il potere nelle trattative, che il grado di informazione, che lo spinge ad aderire alle condizioni predisposte dalla controparte imprenditrice senza poter incidere sul loro contenuto. E che, per ovviare ad una tale condizione, l'articolo 6 della Direttiva ha imposto agli Stati membri di prevedere che le clausole vessatorie non vincolino i consumatori.

Tuttavia, si ritiene che questo obiettivo non potrebbe essere conseguito se l'illiceità di tali pattuizioni dovesse essere eccepita specificamente dai contraenti in posizione di debolezza, dato che essi potrebbero essere dissuasi dal farla valere non solo a causa della sproporzione tra il valore della causa e i costi della difesa, ma anche dell'ignoranza, soprattutto in quei procedimenti nei quali questi siano ammessi dai singoli ordinamenti nazionali a difendersi da soli⁹³.

Come sottolinea anche l'Avvocato Generale della Corte di Giustizia europea Antonio Saggio, nel paragrafo n° 23 delle sue conclusioni⁹⁴, *“in tutti questi casi, l'obiettivo che la Direttiva intende perseguire non sarebbe raggiunto, in quanto la clausola, pur manifestamente pregiudizievole nei confronti delle parte debole del contratto, raggiungerebbe il suo scopo; sarebbe quindi messo irrimediabilmente a repentaglio l'effetto utile della direttiva”*.

valutare d'ufficio l'illiceità di una clausola del contratto di cui è causa”.

⁹³Oltretutto, escludere l'intervento d'ufficio qualora l'abusività della clausola non sia invocata dal consumatore, comporterebbe, come rilevato anche dall'avvocato generale Antonio Saggio, al paragrafo n° 24 delle sue conclusioni, effetti paradossali in una situazione come quella in esame, in cui oggetto di contestazione è l'attribuzione in via esclusiva della competenza a decidere sulle controversie scaturenti dal contratto. In tali circostanze, qualora non si ammettesse che, contumace il convenuto, il giudice possa valutare di propria iniziativa l'efficacia di una clausola contrattuale manifestamente abusiva, *“si arriverebbe al paradosso per cui il consumatore sarebbe obbligato a costituirsi in giudizio, in un luogo diverso dal suo domicilio, proprio per sostenere che la clausola contrattuale che lo ha obbligato a ciò è una clausola abusiva.”*

⁹⁴Raccolta della giurisprudenza della Corte di Giustizia, 2000, I- 4943 ss.

A questi argomenti se ne aggiunge un altro, anch'esso rilevato dall'Avvocato Generale, al paragrafo n° 24 delle sue conclusioni, secondo il quale *“assume certo rilevanza la circostanza che la direttiva, al fine di rimediare ad una situazione di sostanziale squilibrio tra le due parti del contratto, richieda agli stati membri di porre in essere un sistema di tutela che coinvolge, ed in maniera attiva, soggetti estranei al singolo rapporto contrattuale”*. La Direttiva, infatti, impone agli Stati membri di prevedere, oltre ad azioni individuali, anche quelle delle organizzazioni dei consumatori⁹⁵, ritenendo che la disegualianza tra le parti possa essere riequilibrata soltanto a fronte di un intervento positivo di soggetti estranei al rapporto contrattuale⁹⁶.

Secondo la Corte, inoltre, il rilievo officioso da parte del giudice della vessatorietà di una clausola ha effetti dissuasivi, rientrando fra quei *“mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori”*, di cui all'articolo 7, primo comma, della Direttiva. In questo modo si realizza non solo l'obiettivo perseguito dall'articolo 6, che, come sottolineato in precedenza, è quello di impedire che il consumatore sia vincolato da una tale pattuizione, ma anche quello di cui all'articolo 7, rappresentato, per l'appunto, dalla cessazione, per il futuro, dell'inserimento delle stesse nei contratti del consumatore.

⁹⁵A tale proposito, l'articolo 7 della Direttiva 1993/13/CEE, stabilisce, al secondo comma, che le organizzazioni, le quali, a norma del diritto nazionale, hanno un legittimo interesse a tutelare i consumatori, hanno la possibilità di adire *“a seconda del diritto nazionale, le autorità giudiziarie o gli organi amministrativi competenti affinché stabiliscano se le clausole contrattuali, redatte per un impiego generalizzato, abbiano carattere abusivo ed applichino mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserzione di siffatte clausole”*.

⁹⁶A. ORESTANO, op. cit., 2000

2.2 L'introduzione di limiti temporali contrasta con il diritto comunitario: la Corte conferma e precisa la facoltà di rilevazione d'ufficio

Una volta stabilito che il giudice nazionale ha la *facoltà* di rilevare d'ufficio le nullità a protezione del consumatore, la Corte di Giustizia ha avuto modo di riconfermare e, allo stesso tempo, sviluppare la propria posizione, definendo, in aggiunta, le condizioni di esercizio di tale potere, anche alla luce degli ordinamenti interni.

Ciò avviene, in particolare, nella successiva pronuncia *Cofidis*⁹⁷, la quale rappresenta la logica conseguenza della sentenza *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores* e del ragionamento che ne è il fondamento. Infatti, nell'ambito di tale decisione, si pone l'accento sull'importanza della sussistenza di una prerogativa giudiziale di accertamento al fine di garantire l'effettiva tutela del consumatore, per decidere, nel caso di specie, che un limite temporale, previsto dalle normative nazionali per la contestazione della vessatorietà di una clausola contrattuale, eccessivamente breve, si pone in contrasto con il diritto comunitario⁹⁸. D'altronde, si sarebbe creata una situazione paradossale qualora, a fronte della possibilità, affermata esplicitamente dalla Corte, delle autorità giudiziarie nazionali di accertare l'abusività di una pattuizione, si fosse poi ammessa una restrizione del suo esercizio in un periodo di tempo limitato.

Vediamo anzitutto i fatti.

La questione pregiudiziale era stata sollevata dal *Tribunal d'instance* di Vienne, in Francia, nell'ambito di una controversia sorta tra la Cofidis SA, società di diritto francese e il signor Fredout, convenuto per

⁹⁷C. Giust. CE, sentenza 21 novembre 2002, causa C-473/2000, Pres. Wathelet, Avv. Gen. A. Tizzano, *Cofidis SA c. Jean-Louis Fredout*, in *Foro Italiano*, 2003, pp. 16 ss.

⁹⁸L. VALLE, op. cit., 2011

l'adempimento della prestazione di somme dovute in esecuzione di un contratto di credito stipulato con tale società. Nel caso di specie, l'offerta di credito era contenuta in un foglio stampato su entrambe le facciate, nel quale, mentre la menzione “*richiesta gratuita di disponibilità pecuniaria*” risultava indicata sulla parte anteriore e con lettere maiuscole, le disposizioni relative ai tassi di interesse convenzionali ed alla clausola penale figuravano in lettere minuscole, sul retro della pagina. Pertanto, il tribunale francese aveva ritenuto che tali clausole finanziarie potessero essere considerate abusive, in quanto prive di leggibilità e, quindi, in grado di indurre il consumatore in errore⁹⁹.

Tuttavia, l'autorità giudiziaria nazionale non avrebbe potuto rilevare la nullità di tali pattuizioni vessatorie, secondo quanto stabilito dalla precedente sentenza *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, se si fosse ammessa l'applicabilità, in questo contesto, della previsione normativa di cui all'articolo L. 311-37, primo comma, del *code de la consommation*, in tema di credito al consumo. Infatti, tale disposizione prevedeva, per l'avvio delle azioni di nullità, un termine di decadenza di due anni dalla conclusione del contratto, il quale, nel caso di specie, era spirato in epoca antecedente alla proposizione del giudizio.

Il giudice francese, perciò, aveva sollevato una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, chiedendo se la Direttiva 1993/13/CE ostasse “*ad una normativa interna che [...] vieta al giudice nazionale, alla scadenza di un termine di decadenza, di rilevare, d'ufficio o a seguito di un'eccezione sollevata dal consumatore, il carattere abusivo di una clausola inserita nel suddetto contratto*”. Ciò, in particolare, quando quest'ultimo sia stato stipulato oltre due anni prima dell'instaurazione del giudizio e consenta, in questo modo, al professionista di avvalersi in giudizio di tali clausole, fondando su di esse propria iniziativa

⁹⁹Infatti, il ricorso, nel modulo contrattuale, a termini di ispirazione pubblicitaria, unita all'utilizzazione di caratteri di dimensioni inferiori a quelli ritenuti minimi per considerarli leggibili, potrebbe indurre a considerare gratuita l'operazione.

giudiziaria¹⁰⁰.

Una volta ammessa la ricevibilità della domanda pregiudiziale, a fronte del carattere vessatorio delle clausole finanziarie contese, la Corte di Giustizia entra nel merito della questione sollevata dal *Tribunal d'instance*.

La Commissione, unitamente al sig. Fredout, aveva sostenuto un'interpretazione estensiva della sentenza *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*¹⁰¹, ritenendo che la finalità di protezione del consumatore, propria della Direttiva, non sarebbe potuta essere raggiunta qualora la rilevazione d'ufficio dell'abusività delle clausole contrattuali fosse stata sottoposta ad un termine. Infatti, in tal caso, se il consumatore si fosse astenuto dal dedurre la vessatorietà delle pattuizioni, al professionista sarebbe bastato avviare l'azione di pagamento dopo la scadenza del termine di decadenza, fissato dal legislatore nazionale, per privare la controparte della tutela. Senza tenere conto del fatto che, consentire agli Stati membri di stabilire limiti temporali, eventualmente diversi tra di loro, per far valere l'abusività delle clausole, sarebbe risultato contrario al principio dell'applicazione uniforme del diritto comunitario.

Condividendo queste riflessioni, la Corte ha, pertanto, ritenuto che la questione pregiudiziale sollevata nei suoi confronti debba essere risolta nel senso di riconoscere che la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori “*osta ad una normativa interna che, in un'azione promossa da un professionista nei confronti di un consumatore e*

¹⁰⁰R. CONTI- R. FOGLIA, *Credito al consumo, clausole abusive e termine di decadenza*, in “*Il Corriere giuridico*”, 2003, 2, pp. 254 ss.

¹⁰¹Al contrario della Cofidis e del governo francese, secondo i quali si sarebbe dovuto, piuttosto, distinguere tra la causa principale e quella che aveva dato origine alla sentenza *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*. Infatti, mentre in quest'ultimo caso, consentendo al giudice nazionale di valutare d'ufficio l'abusività di una clausola attributiva di giurisdizione, la Corte gli aveva semplicemente permesso di rilevare esso stesso la propria incompetenza, nel caso di specie si sarebbe trattato di valutare se il giudice dovesse o meno applicare un termine di decadenza imposto dal legislatore nazionale (punto n° 27 della sentenza in esame).

basata su un contratto stipulato tra loro, vieta al giudice nazionale, alla scadenza di un termine di decadenza, di rilevare, d'ufficio o a seguito di un'eccezione sollevata dal consumatore, l'abusività di una clausola inserita nel suddetto contratto”.

Questa interpretazione non viene contraddetta neppure dal fatto che, in altri casi, è stata riconosciuta la legittimità di termini di decadenza anche inferiori a quello fissato nell'ordinamento francese, essendo tali decisioni il risultato di valutazioni specifiche, effettuate in considerazione del contesto di fatto e di diritto proprio della singola causa, le quali non potevano essere trasposte automaticamente in settori diversi.

2.3 Prima evoluzione nella posizione della Corte: il giudice “è tenuto”

Successiva, in ordine cronologico, alla pronuncia *Cofidis* è la sentenza *Mostaza Claro*¹⁰², all'interno della quale la Corte di Giustizia assume una posizione ancora più radicale rispetto alle decisioni precedenti, ammettendo la rilevabilità d'ufficio della nullità della clausola arbitrale vessatoria, contenuta in un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore, anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo abbia fatto valere tale invalidità solo nell'ambito del procedimento per l'impugnazione del lodo e non in quello arbitrale¹⁰³.

In tale pronuncia emerge il principio di un'evoluzione ulteriore nella posizione della Corte di Giustizia, anticipatoria di quello che sarà lo

¹⁰²C. Giust. CE, sentenza 26 ottobre 2006, causa C-168/05, Pres. Jann, Avv. Gen. A. Tizzano, *Mostaza Claro c. Centro Mòvil Milenium SL*, in *Foro Italiano*, 2007, pp. 373 ss.

¹⁰³M. MONTANARI, *Impugnazione del lodo per vessatorietà della clausola arbitrale: inammissibilità di preclusioni (nota a sent.: C.giust.CE. sez. I, 26 ottobre 2006, C-168/05)*, in *Int'l Lis*, 2007, 2, pp. 64 ss.

sviluppo successivo del tema, rappresentato dalla circostanza che non si parli più di *possibilità* di rilevazione, ma si affermi che il giudice nazionale è *tenuto* a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale.

Nel maggio 2002 la signora Elisa María Mostaza Claro aveva stipulato con la società spagnola Centro Móvil Milenium un contratto di abbonamento ad una linea di telefonia mobile, contenente una clausola compromissoria, in virtù della quale ogni controversia relativa a quel rapporto negoziale sarebbe dovuta essere sottoposta all'arbitrato dell'*Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad* (AEADE). A fronte del mancato rispetto, da parte dell'utente, della durata minima prevista per l'abbonamento, la Móvil aveva instaurato un procedimento davanti all'AEADE, la quale aveva concesso alla controparte convenuta un termine di dieci giorni per rifiutare l'arbitrato. Nonostante in un primo momento la cliente avesse accettato la procedura arbitrale senza sollevare questioni sulla validità della clausola compromissoria, pur potendo beneficiare, in alternativa, della via giurisdizionale ordinaria, aveva successivamente impugnato il lodo a lei sfavorevole dinanzi alla Corte d'appello di Madrid, rivendicando la nullità dell'accordo arbitrale.

L'*Audiencia Provincial de Madrid* riconosceva il carattere abusivo della clausola compromissoria contestata, ma si era trovata in difficoltà nell'ammettere la rilevanza della nullità della stessa a causa della normativa nazionale allora vigente. Invero, all'epoca dei fatti la procedura arbitrale in Spagna era disciplinata dalla legge 5 dicembre 1988, n° 36¹⁰⁴, la quale, pur prevedendo all'articolo 45 la nullità dell'accordo arbitrale come motivo di impugnazione del lodo, all'articolo 23, n° 1 imponeva alle parti di sollevare l'eccezione di invalidità dell'accordo nel corso del giudizio arbitrale, “*in*

¹⁰⁴Ley 36/1988 de Arbitraje, BOE n° 293 del 7 dicembre 1988, ora non più vigente

*concomitanza con la presentazione dei loro rispettivi motivi iniziali*¹⁰⁵.

Pertanto, era stata presentata dinanzi alla Corte di Giustizia una questione pregiudiziale, volta ad accertare se la tutela garantita dalla Direttiva 1993/13/CE implicasse che il giudice, chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale, potesse rilevarne la nullità, ritenendo abusiva una clausola contenuta nel relativo compromesso, quando tale invalidità, pur essendo stata fatta valere dal consumatore nel ricorso di annullamento, non fosse stata sollevata nell'ambito dell'arbitrato.

Per rispondere alla questione pregiudiziale sollevata dal giudice spagnolo, la Corte si sofferma sulla *ratio* della Direttiva 1993/13/CE, riprendendo le affermazioni precedentemente espresse nelle sentenze *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores e Cofidis*.

In particolare, il giudice comunitario ribadisce come la Direttiva, basandosi sulla circostanza che il consumatore, in posizione di inferiorità rispetto al professionista, è portato ad aderire alle condizioni da quest'ultimo poste, senza potervi incidere, tenti di attuare una strategia compensativa del rapporto, stabilendo la non vincolatività, per la parte debole, delle clausole contrattuali abusive. In quest'ottica, la possibilità del giudice di esaminare d'ufficio il carattere vessatorio delle pattuizioni è fondamentale non solo per impedire che il consumatore ne sia vincolato, ma anche per contribuire a farne cessare l'inserimento nei rapporti negoziali, in una prospettiva deterrente e dissuasiva (punti n° 25-27).

¹⁰⁵L'attuale disciplina dell'impugnazione del lodo in Spagna, legge 23 dicembre 2003, n° 60 (*Ley 60/2003 de Arbitraje*, BOE n° 309 del 26 dicembre 2003), si colloca invece, secondo la Corte (punto n° 32 della sentenza in esame), in linea con la Direttiva 1993/13/CE. Infatti, nonostante dall'art. 22 sembra doversi ricavare che la eccezione di invalidità della convenzione arbitrale va sollevata tempestivamente ("*a más tardar en el momento de presentar la contestación*"), al pari di quanto prevedeva la disciplina previgente, la sua mancata presentazione o la tardività della stessa impediscono di far valere l'invalidità della clausola solo davanti agli arbitri e non invece in sede di impugnazione del lodo.

Perciò, stanti queste considerazioni, si ritiene che il sistema di protezione creato dalla Direttiva risulterebbe compromesso qualora “*il giudice investito dell'impugnazione di un lodo arbitrale non potesse valutare la nullità di tale decisione per il solo motivo che il consumatore non ha fatto valere la nullità della clausola compromissoria nell'ambito del procedimento arbitrale*”. In tal caso, infatti, l'omissione del consumatore non potrebbe essere in alcun modo compensata dall'azione di soggetti terzi rispetto alle parti contrattuali (punti n° 30-31).

Ciononostante, la Corte, nell'affermare quanto sopra, si trova di fronte all'ostacolo di dover conciliare una simile conclusione con quello che era il vigente diritto processuale spagnolo, il quale, di fatto, non consentiva alla parte di invocare, in sede di impugnazione, la nullità del patto compromissorio non eccepita nella prima difesa del giudizio arbitrale.

In alcune pronunce precedenti, il giudice comunitario aveva fatto ricorso allo strumento dell'obbligo di interpretazione conforme, ricavato dal principio di leale collaborazione previsto all'articolo 4, paragrafo 3 del TUE¹⁰⁶, in virtù del quale le autorità giudiziarie avrebbero dovuto interpretare il proprio diritto nazionale quanto più possibile in conformità alle esigenze del diritto dell'Unione, per ammettere la rilevabilità d'ufficio di quelle clausole, vessatorie in quanto in violazione delle direttive a tutela dei contraenti deboli, nei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore¹⁰⁷.

¹⁰⁶Il quale stabilisce che “*in virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione*”.

¹⁰⁷Ciò, in particolare, si rileva nella sentenza *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, nella quale la Corte osserva come il giudice nazionale deve interpretare il proprio diritto interno “*quanto più possibile alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, per conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi in tal modo all'articolo 189, terzo comma, CE (divenuto articolo*

Tuttavia, a fronte di numerose incertezze relative alla portata di tale principio, la Corte aveva dovuto negarne l'applicazione in tutta una serie di casi, nei quali esso avrebbe potuto portare ad un'interpretazione *contra legem* delle norme interne¹⁰⁸. Questo è ciò che avviene nel caso *Mostaza Claro*, nell'ambito del quale, in questa direzione, la Móvil e il governo tedesco avevano sostenuto che consentire l'esame d'ufficio, da parte del giudice, della nullità dell'accordo arbitrale, anche nel caso in cui il consumatore non l'avesse sollevata in sede di arbitrato, avrebbe gravemente intaccato l'efficacia dei lodi. Non a caso, proprio “*le esigenze di efficacia del procedimento arbitrale giustificano il fatto che il controllo dei lodi arbitrari abbia un carattere limitato, e che l'annullamento di un lodo possa essere ottenuto solo in casi eccezionali*” (punto n° 34 della sentenza in esame).

A fronte di ciò, per garantire comunque il riconoscimento della possibilità del giudice di rilevare d'ufficio l'abusività della clausola, la Corte di Giustizia ha affermato che, se, in base al diritto processuale nazionale, è ammessa la possibilità di annullare d'ufficio un lodo arbitrale per violazione delle norme interne di ordine pubblico, altrettanto deve potersi fare nel caso di violazione delle disposizioni comunitarie dello stesso tipo¹⁰⁹. In questo modo, il giudice comunitario ha qualificato le disposizioni della Direttiva quali norme imperative o di ordine pubblico, riconoscendo loro lo stesso trattamento processuale delle norme aventi pari natura, ma origine interna¹¹⁰.

In particolare, viene individuata come imperativa la disposizione di cui

249, terzo comma, CE)”.

¹⁰⁸Vedi C. Giust. CE, sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, sentenza *Pupino*, in Raccolta della giurisprudenza della Corte di Giustizia I- 5285, la quale, al punto n° 47, sancisce che “*il principio di interpretazione conforme non può servire da fondamento ad un'interpretazione contra legem del diritto nazionale*”.

¹⁰⁹In questo passaggio, la Corte richiama le considerazioni effettuate nella precedente sentenza *Eco Swiss*, del 1° giugno 1999, causa C-126/97, in *Foro italiano*, 1999, pp. 470 ss.

¹¹⁰L. DANIELE, *Direttiva per la tutela dei consumatori e poteri d'ufficio del giudice nazionale*, in “*Il diritto dell'Unione Europea*”, 2011, 3, pp. 683 ss.

all'articolo 6 della Direttiva, in quanto essa, disponendo la non vincolatività delle clausole abusive, mira a sostituire “*all'equilibrio formale che il contratto determina fra i diritto e gli obblighi delle parti un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza delle parti stesse*”. Essa, inoltre, al pari dell'intero impianto della Direttiva, costituisce “*un provvedimento indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per l'innalzamento del livello e della qualità della vita al suo interno*” (punto n° 37 della sentenza in esame).

Pertanto, secondo la Corte di Lussemburgo “*la direttiva dev'essere interpretata nel senso che essa implica che un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale rilevi la nullità dell'accordo arbitrale e annulli il lodo, nel caso ritenga che tale accordo contenga una clausola abusiva, anche qualora il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, ma solo in quello per l'impugnazione del lodo*”.

Stanti queste considerazioni, è innegabile che la sentenza *Mostaza Claro* abbia segnato un primo, significativo, passo nella direzione di un cambiamento di prospettiva della Corte di Giustizia rispetto alle decisioni precedenti.

Infatti, se nella sentenza *Océano Grupo Editorial e Savat Editores e Cofidis* è la finalità di protezione, perseguita dalla Direttiva 1993/13/CE, ad imporre di sottrarre l'esclusiva disponibilità del rimedio alle scelte del consumatore, consentendo un'iniziativa suppletiva nella facoltà del giudice, nella sentenza *Mostaza Claro*, pronunciata poco più di cinque anni dopo, è il riconoscimento del carattere imperativo delle norme, contrastanti l'inserimento di clausole abusive, a richiedere “*che il giudice nazionale sia tenuto a valutare*

d'ufficio la natura abusiva della clausola". Da tale decisione in poi, perciò, la rilevabilità d'ufficio della nullità acquisisce "la funzione di *presidiare un interesse generale* (che consiste proprio nella tutela accordata al consumatore) *su cui insisteranno tutte le successive pronunce*"¹¹¹.

2.4 La Corte di Giustizia sancisce l'obbligo del giudice di rilevare la nullità delle clausole abusive nella sentenza *Pannon GSM*

Il punto d'arrivo dell'evoluzione interpretativa caratterizzante la posizione della Corte di Giustizia, è costituito dalla previsione testuale della sussistenza di un vero e proprio *obbligo* per il giudice nazionale di pronunciarsi d'ufficio sulla natura abusiva di una clausola relativa ad un contratto concluso tra un professionista e un consumatore.

Questo, nello specifico, avviene nell'ambito della sentenza *Pannon GSM*¹¹², la quale, pur riprendendo le motivazioni della sentenza *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores* e, soprattutto, della sentenza *Mostaza Claro*, se ne discosta quanto alle conclusioni, affermando espressamente il dovere e non la semplice facoltà dell'autorità giudiziaria di accertare la vessatorietà di una pattuizione negoziale nell'interesse del contraente debole, qualora questi si sia mostrato inerte sul piano processuale¹¹³. Pertanto, nonostante sia possibile

¹¹¹R. ALESSI, *Nullità di protezione e poteri del giudice tra corte di giustizia e sezioni unite della Corte di Cassazione*, in "Europa e diritto privato", 2014, 4, pp. 1141 ss.

¹¹²C. Giust. CE, sentenza 4 giugno 2009, causa C-243/09, Pres. Lenaerts, Avv. Gen. V. Trstenjak, *Pannon GSM Zrt. c. Erzsébet Sustikné Gyorfi*, in *Foro Italiano*, 2009, pp. 489 ss.

¹¹³Di avviso contrario è S. MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo atto della corte di giustizia (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sez. 4, 4 giugno 2009)*, in "Contratti", 2009, 12, pp. 1115 ss., il quale ritiene che, in realtà, tenendo conto dello spirito che informa le precedenti pronunce della Corte di Giustizia, non sia significativo l'uso del termine facoltà, in luogo del termine obbligo, posto che il giudice comunitario ha

ravvisare una certa somiglianza tra i fatti che hanno dato origine a tali procedimenti¹¹⁴, la decisione in commento se ne differenzia in quanto assegna un rilievo ancora maggiore al ruolo del giudice.

La domanda pregiudiziale era stata sollevata dal Tribunale municipale di Budaörs, in Ungheria, nell'ambito di una controversia sorta tra la Pannon GSM Zrt. e la signora Erzsébet Sustikné Gyorfí, a fronte di un contratto di abbonamento relativo alla fornitura di servizi di telefonia mobile. Nello specifico, il negozio era stato concluso a mezzo di un formulario, fornito dalla Pannon GSM, nel quale si stabiliva che, con la sottoscrizione, la contraente prendeva conoscenza e accettava il contenuto del regolamento di esecuzione, costituente parte inscindibile dell'accordo, in virtù del quale entrambe le parti avrebbero riconosciuto competente il foro della sede della società per qualsiasi controversia derivante dal contratto o ad esso connessa.

Ritenendo che la signora Gyorfí non si fosse conformata ai propri obblighi contrattuali, era stato avviato nei suoi confronti un procedimento di ingiunzione di pagamento, contro il quale ella aveva presentato opposizione, senza, tuttavia, eccepire nulla relativamente al carattere abusivo della clausola attributiva della competenza. Il Budaörsi Városi Bíróság, adito, nutrendo, però, dubbi sulla

sempre ritenuto che il giudicante fosse investito di un potere-dovere di rilievo d'ufficio della nullità della pattuizione abusiva. In particolare, tale autore sottolinea come *“nello scorrere i repertori di giurisprudenza, il termine facoltà ricorre più in generale anche nella stragrande maggioranza delle decisioni dei giudici nazionali in tema di nullità, a prescindere dalla natura protettiva o tradizionale di esse; si tratta di una scelta terminologica indotta, con ogni probabilità, non già da una meditata opzione interpretativa circa la natura dei poteri del giudicante, bensì dalla facile perifrasi suggerita dal dettato dell'art. 1421 c.c. che, nel prevedere che la nullità «può essere rilevata d'ufficio dal giudice», sembra connotare l'esercizio dei poteri officiosi come una facoltà e non, piuttosto, come un obbligo o, meglio, un potere-dovere”*.

¹¹⁴Infatti il caso *Pannon GSM*, analogamente alla sentenza *Mostaza Claro*, riguardava un contratto per la fornitura di servizi di telefonia mobile, stipulato con un consumatore e in esso, come nella sentenza *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, il professionista, sulla base di una clausola attributiva di competenza inserita nel contratto, aveva formulato un'ingiunzione di pagamento dinanzi al tribunale nella cui circoscrizione si trovava la sede principale della sua attività.

vessatorietà della pattuizione, la quale non era stata negoziata tra le parti, aveva sottoposto alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale “*se la tutela dei consumatori garantita dalla direttiva imponga che il giudice nazionale si pronunci d'ufficio sulla natura abusiva di una clausola contrattuale ad esso sottoposta e, in tal modo, verifichi d'ufficio, nel contesto dell'esame della sua competenza territoriale, le clausole stabilite dal professionista*”, indipendentemente dalla natura del procedimento e anche senza un'impugnazione fondata sull'abusività della clausola stessa.

La Corte, in via preliminare, ricorda che l'obbligo imposto agli Stati membri dall'articolo 6 della Direttiva 1993/13/CE mira ad accordare un diritto al cittadino, in qualità di consumatore, in quanto soggetto presuntivamente debole poiché in situazione di inferiorità rispetto alla controparte imprenditrice. Tale condizione che fa sì che la finalità di protezione, che la normativa comunitaria intende conseguire, non potrebbe essere raggiunta se i contraenti deboli fossero tenuti a eccepire essi stessi l'abusività di una clausola inserita nel contratto di cui sono parte. Perciò, è necessario che la tutela garantita al consumatore si estenda anche a quelle situazioni nelle quali quest'ultimo non deduce l'abusività della clausola, perché ignora i suoi diritti o è dissuaso dal farli valere dalle spese conseguenti alla promozione di un'azione giudiziaria (punto n° 30).

La conclusione, conseguente a tali premesse, cui la Corte di Giustizia è giunta nella sentenza *Mostaza Claro*, è che sia il giudice ad essere tenuto a compiere d'ufficio la valutazione di vessatorietà, anche in assenza di un'esplicita richiesta della parte debole in tal senso. Una tale affermazione si giustifica in ragione della natura e dell'importanza dell'interesse pubblico posto a fondamento della protezione che la Direttiva garantisce al consumatore (punto n° 31), la quale non solo mira a ristabilire l'uguaglianza tra le parti contrattuali, ma è anche

indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità.

In virtù di tali considerazioni, secondo la Corte, si deve riconoscere che il giudice nazionale ha “*il compito di garantire l'effetto utile della tutela cui mirano le disposizioni della direttiva*”¹¹⁵. Pertanto, è necessario che il suo ruolo non si limiti alla semplice facoltà di pronunciarsi sulla natura abusiva di una clausola contrattuale, ma piuttosto comporti l'*obbligo* di accertare d'ufficio tale questione¹¹⁶.

La Corte di Giustizia risolve, allora, la questione pregiudiziale riconoscendo che il giudice nazionale, coerentemente con il carattere imperativo riconosciuto alla Direttiva 1993/13/CE e con la natura pubblicistica degli obiettivi di protezione da essa perseguiti, ha un vero e proprio dovere di esaminare la natura abusiva di una clausola contrattuale, contenuta nel negozio stipulato tra un professionista e un consumatore, sottoposto alla sua attenzione, anche in sede di verifica della propria competenza territoriale e indipendentemente da una richiesta delle parti in tal senso.

3. Il “dopo *Pannon GSM*” : alcune questioni aperte

Grazie alle decisioni appena esaminate, la Corte di Giustizia mette un primo punto fermo in merito al controverso tema dei poteri di accertamento dell'abusività da parte delle corti nazionali, risolvendo, almeno in parte, le problematiche di recepimento che l'introduzione della Direttiva 1993/13/CE aveva generato negli ordinamenti degli

¹¹⁵La Corte di Giustizia fa spesso riferimento al principio dell'effetto utile, in virtù del quale una determinata norma deve essere preferibilmente interpretata in modo da favorire il raggiungimento dell'obiettivo in essa prefissato, per affermare, in particolare, l'efficacia diretta di decisioni e direttive. L'efficacia diretta delle direttive consiste nell'idoneità della norma, espressa dalle direttive stesse, di creare diritti e obblighi direttamente in capo alle persone fisiche o giuridiche, attribuendo loro la facoltà di azionare la stessa dinanzi a giudici interni.

¹¹⁶G. ROSSOLILLO, *L'osservatorio comunitario*, in “*Obbligazioni e contratti*”, 2009, 8/9, pp. 755 ss.

Stati membri.

Nonostante ciò, non si può dire che la discussione si sia esaurita. Infatti, a partire dalla sentenza *Pannon GSM*, sono emerse tutta una serie di questioni, non direttamente riguardanti la rilevabilità, ma ad essa connesse, sulle quali il giudice comunitario è stato chiamato a pronunciarsi.

Stante la loro importanza, ad esse saranno dedicate, nei paragrafi seguenti, alcune brevi riflessioni, le quali concernono, nello specifico, l'opposizione del consumatore al rilievo ufficioso e la possibilità del giudice di svolgere un'istruttoria, finalizzata ad acquisire elementi necessari al giudizio di invalidità.

3.1 Prima questione: la possibilità del consumatore di opporsi alla disapplicazione della clausola abusiva

Nella sentenza *Pannon GSM* la Corte di Giustizia si è pronunciata in merito all'eventualità che il consumatore mostri di volersi attenere al contenuto della pattuizione accertata come abusiva.

Una presa di posizione sul punto si era resa necessaria proprio a fronte dell'affermazione della sussistenza di un obbligo del giudice nazionale di rilevare la nullità della clausola vessatoria, al quale sembrava dovesse seguire “*la preclusione di ogni iniziativa della parte (che avrebbe potuto agire per la nullità e non l'ha fatto) volta a impedire in giudizio tale indagine d'ufficio e la successiva pronuncia di nullità*”¹¹⁷. Emergevano, quindi, serie difficoltà nel conciliare una simile previsione con la tutela dell'interesse del contraente debole, perseguita dalla legislazione comunitaria.

¹¹⁷R. ALESSI, op. cit., 2014

Nello specifico, la Corte si è espressa in senso contrario rispetto a tale eventualità: all'interno di tale decisione, infatti, si afferma che il giudice nazionale, pur essendo obbligato ad esaminare d'ufficio la natura vessatoria della clausola contrattuale, non debba disapplicarla qualora il consumatore, da questi avvisato, “*non intenda invocarne la natura abusiva e non vincolante*” (punto n° 35). Pertanto, a fronte della possibilità che il contraente debole non dichiari espressamente la propria volontà contraria all'impugnazione della clausola vessatoria, si configura, in capo all'autorità giudiziaria, un onere di consultarlo, preliminarmente all'esercizio dei propri poteri d'accertamento, per appurare se tale sua inerzia costituisca una scelta consapevole e non una carenza difensiva. In questo modo, la rilevazione d'ufficio della vessatorietà della pattuizione finisce per integrare un “*potere-dovere condizionato nell'esercizio anzitutto all'interpello del consumatore e, quindi, all'insussistenza di un'opposizione di questi*”¹¹⁸.

A fondamento di tale principio vi è la considerazione per la quale la Direttiva 1993/13/CE persegue una finalità di protezione della parte debole del rapporto contrattuale, che fa sì che la nullità delle clausole abusive contenute nei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore possa operare esclusivamente a vantaggio di quest'ultimo. Tenuto conto di ciò, è ovvio che, nell'ipotesi in cui il contraente tutelato manifesti la volontà inequivocabile di essere obbligato dalla pattuizione qualificata come vessatoria, non se ne può ammettere l'eliminazione, dato che essa andrebbe a suo sfavore, compromettendo il raggiungimento dell'obiettivo della normativa comunitaria. La limitazione dell'esercizio dei poteri di rilevazione d'ufficio del giudice nazionale, attuata per il tramite del necessario confronto con la posizione del consumatore in merito, evita, così, che venga privilegiata la tutela dell'interesse pubblico alla regolamentazione del mercato a scapito di quella garantita all'interesse individuale del consumatore.

¹¹⁸S. MONTICELLI, op. cit., 2009

Il riconoscimento di tale principio nella sentenza *Pannon GSM*, all'interno della quale ci si limita a prevedere che “*se il giudice nazionale considera abusiva una siffatta clausola, non la applica, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga*”, fa, tuttavia, sorgere il dubbio che il dovere di accertamento d'ufficio del giudice, posto a presidio di norme di ordine pubblico, possa essere paralizzato dalla parte per un proprio interesse. Dato che una risposta positiva in merito rischia di compromettere il pieno dispiegarsi dell'obbligo di rilevazione d'ufficio del giudice, che, come già ribadito, si impone in ragione del fatto che queste forme di nullità si originano dalla violazione di norme imperative, tra le quali spicca la disposizione di cui all'articolo 6 della Direttiva 1993/13/CE, si è imposta alla Corte la necessità di una precisazione più puntuale della propria posizione.

3.2 La sentenza *Banif Plus Bank* e la tutela del contraddittorio

L'occasione si è presentata con la sentenza *Banif Plus Bank Zrt*¹¹⁹, nell'ambito della quale, secondo un'interpretazione accettabile, “*il ruolo del consumatore non esce dai consueti binari dettati dal principio del contraddittorio, e l'eventuale «opposizione» alla dichiarazione di nullità formulata in atti processuali si configura come una (meno eversiva) conferma [...] dell'adesione alla clausola, con conseguenze sulla valenza «squilibrante» della clausola dal punto di vista dell'interesse del consumatore*”¹²⁰.

¹¹⁹C. Giust. UE, sentenza 21 febbraio 2013, causa C-472/11, Pres. Tizzano, Avv. Gen. P. Mengozzi, *Banif Plus Bank Zrt c. Csaba Csipai e Viktória Csipai*, in *Foro italiano*, 2014, pp. 5 ss.

¹²⁰R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brusse*, in www.juscivile.it, 2013, 2, pp. 388 ss.

La questione pregiudiziale promossa alla Corte di Giustizia era sorta nell'ambito di una controversia instauratasi tra la Banif Plus Bank Zrt, una banca ungherese, e i coniugi Csipai, a fronte di un contratto di credito, stipulato tra loro, in virtù del quale, in caso di risoluzione prima del termine per causa imputabile al mutuatario, quest'ultimo avrebbe dovuto pagare, oltre agli interessi moratori e alle spese, l'importo complessivo delle rate residue. Il tribunale distrettuale del centro di Pest, adito dalla Banif Plus Bank Zrt per l'inadempimento del signor Csipai, ritenendo la clausola sopra descritta abusiva, ne aveva informato le parti, invitandole a presentare delle osservazioni¹²¹. Contro la decisione di condanna, con la quale veniva disapplicata la pattuizione considerata vessatoria, la società ungherese aveva presentato impugnazione dinanzi al Fővárosi Bíróság, il quale aveva chiesto alla Corte di Giustizia di pronunciarsi in merito alla possibilità del giudice nazionale, che ha accertato il carattere abusivo di una clausola contrattuale, di informare le parti della controversia di aver rilevato l'esistenza di una causa di nullità, pur in mancanza di una loro domanda, invitandole a rendere una dichiarazione al riguardo.

La Corte di Giustizia, anzitutto, ribadisce come, nelle proprie decisioni precedenti, sia arrivata ad affermare che, per garantire piena efficacia alla tutela prevista dalla Direttiva 1993/13/CE, il giudice nazionale possa trarre tutte le conseguenze che, secondo il diritto nazionale, derivano dall'accertamento del carattere abusivo delle clausole contrattuali, senza attendere che il consumatore, informato dei suoi diritti, presenti una dichiarazione diretta ad ottenerne l'annullamento (punto n° 28).

Tuttavia, bisogna tenere di conto del fatto che “*il giudice nazionale,*

¹²¹Infatti, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, della legge n° III del 1952, istitutiva del codice di procedura civile ungherese, il giudice, salva contraria disposizione di legge, è vincolato dalle conclusioni e dagli argomenti giuridici sottoposti dalle parti.

*nell'attuare il diritto dell'Unione, deve altresì rispettare i requisiti di una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione quale garantita dall'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*¹²². Tra di essi, spicca in particolare il principio del contraddittorio, il quale implica il diritto delle parti di prendere conoscenza e discutere sia dei documenti e delle osservazioni presentati *ex adverso*, sia dei motivi di diritto che l'autorità giudiziaria ha rilevato d'ufficio e sui quali intenda fondare la propria decisione.

Pertanto, secondo la Corte, quando il giudice nazionale accerta il carattere abusivo di una clausola, contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, egli deve *“informarne le parti della controversia e invitarle a discuterne in contraddittorio secondo le forme previste al riguardo dalle norme processuali nazionali”* (punto n° 31). Tale previsione, in questo modo, risponde all'obbligo del giudice nazionale, sancito nella sentenza *Pannon GSM*, di tener conto, se necessario, della volontà, espressa dal contraente debole, di opporsi alla disapplicazione della pattuizione vessatoria, per il tramite della manifestazione di un consenso libero e informato alla stessa, pur nella consapevolezza del suo carattere non vincolante.

Alcuni autori, la cui posizione mi sento di condividere, ritengono che grazie alla sentenza *Banif Plus Bank Zrt*, la Corte di Giustizia sia riuscita a garantire la piena compatibilità tra l'interesse del consumatore, la cui protezione costituisce il fondamento del rimedio

¹²²L'articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, rubricato *“diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale”*, stabilisce che *“ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge. Ogni persona ha la facoltà di farsi consigliare, difendere e rappresentare. A coloro che non dispongono di mezzi sufficienti è concesso il patrocinio a spese dello Stato, qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia”*.

sancito dalla Direttiva 1993/13/CE, e la previsione di un obbligo di rilevazione d'ufficio dell'abusività della clausola da parte del giudice nazionale.

Infatti, facendo leva sulla considerazione per cui la posizione del contraente debole rimarrebbe all'interno del “normale” rispetto del principio del contraddittorio, si è ritenuto che l'opposizione di questi alla declaratoria di nullità non paralizzerebbe il dovere officioso dell'autorità giudiziaria, ma, semmai, le fornirebbe ulteriori elementi a partire dai quali questa potrebbe “*diversamente valutare o (l'originaria) convinta adesione del consumatore alla clausola o l'effetto di quest'ultima all'interno del contratto, sì da escluderne l'esito squilibrante*”¹²³.

In altri termini, stante il fatto che il giudice, il quale ha rilevato d'ufficio la vessatorietà, è tenuto a trarne tutte le conseguenze che ne derivano secondo il proprio diritto nazionale, l'espressione della propria posizione da parte del consumatore potrebbe consentirgli di apprezzare la sussistenza di un suo “consenso libero e informato” alla clausola. Ciò, secondo questa visione, non imporrebbe all'organo giudiziario di astenersi dalla declaratoria di nullità, a soddisfazione dell'interesse generale ad eliminare assetti contrattuali squilibrati in danno del contraente debole, posto che dell'opposizione di quest'ultimo egli dovrebbe tenere conto “*se necessario*” ed ai fini di una decisione in merito che è, comunque, autonoma¹²⁴.

3.3 Seconda questione: l'ammissibilità di poteri istruttori del giudice

Un'altra questione, non direttamente concernente il tema della

¹²³R. ALESSI, op. cit., 2013

¹²⁴R. ALESSI, op. cit., 2014

rilevazione officiosa del carattere abusivo delle clausole contrattuali, ma ad esso inscindibilmente legata, riguarda l'ammissibilità di poteri istruttori del giudice, finalizzati a tale accertamento.

La Corte si era pronunciata sul tema nella sentenza *Pannon GSM*, all'interno della quale aveva ammesso la sussistenza di un obbligo del giudice di accertare d'ufficio la vessatorietà di una clausola “*dal momento in cui dispone degli elementi di fatto e di diritto necessari a tal fine*” (punto n° 32 della sentenza *Pannon GSM*).

Tuttavia, tale formula era risultata fortemente ambigua, in quanto non consentiva di determinare se tali elementi integrassero una condizione preliminare della rilevabilità, o, piuttosto, ne costituissero l'oggetto, “*legittimando così degli autonomi poteri di iniziativa istruttoria del giudice [...] ove questi evidentemente non disponga di elementi sufficienti per vagliare la potenziale vessatorietà di una clausola*”¹²⁵. Inoltre, da più parti della dottrina erano state espresse delle perplessità rispetto alla limitazione del potere dell'autorità giudiziaria di dichiarare d'ufficio l'inefficacia della clausola, che si profilava conseguentemente alla necessità di questa di disporre degli elementi di fatto e di diritto necessari e che diveniva ancora più rilevante in caso di contumacia del consumatore¹²⁶, mancando in tal caso le argomentazioni di questi a tutela della propria posizione processuale.

Pertanto, il giudice comunitario ha tentato di risolvere le problematiche emerse nell'ambito della decisione *Pannon GSM* riconoscendo, nella sentenza *Pénzügyi Lízing Zrt*¹²⁷, che “*il giudice nazionale deve adottare d'ufficio misure istruttorie al fine di accertare se una clausola*

¹²⁵S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in “*Rivista di diritto civile*”, 2012, 3, pp. 291 ss.

¹²⁶F. P. PATTI, *Oltre il caso 'Pannon': poteri istruttori del giudice e tutela del consumatore* (Corte di giustizia dell'unione europea, grande sezione, 9 novembre 2010, causa C- 137/2008) / [Commento a], in “*Contratti*”, 2011, 2, pp. 113 ss.

¹²⁷C. Giust. CE, sentenza 9 novembre 2010, causa C-137/08, Pres. Skouris, Avv. Gen. V. Trstenjak, VB Pénzügyi Lízing Zrt. c. Ferenc Schneider, in *Obbligazioni e Contratti*, 2011, pp. 146 ss.

attributiva di competenza giurisdizionale territoriale esclusiva contenuta nel contratto, che costituisce l'oggetto della controversia di cui è investito e che è stato concluso tra un professionista e un consumatore, rientri nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13 e, in caso affermativo, valutare d'ufficio il carattere eventualmente abusivo di una siffatta clausola”.

Di seguito i fatti.

Nell'aprile 2006 il signor Schneider e la Pénzügyi Lízing Zrt, una banca ungherese, avevano stipulato un contratto di mutuo, destinato a finanziare l'acquisto, da parte del primo, di un autoveicolo. A fronte dell'inadempimento del mutuatario ai propri obblighi contrattuali, la Pénzügyi Lízing Zrt aveva risolto il rapporto negoziale e, in forza di una clausola attributiva della competenza giurisdizionale contenuta nello stesso, aveva adito un giudice diverso da quello nella cui circoscrizione il signor Schneider aveva la propria residenza. Quest'ultimo aveva presentato opposizione all'ingiunzione di pagamento, pronunciata nei suoi confronti, dinanzi al Tribunale dei distretti II e III di Budapest, il quale aveva sospeso il procedimento per sottoporre alla Corte di Giustizia alcune questioni pregiudiziali. In particolare, si chiedeva alla Corte *“se il giudice nazionale, che ravvisi autonomamente la possibile sussistenza di una clausola abusiva, possa, d'ufficio, effettuare un'indagine volta ad accertare gli elementi di diritto e di fatto necessari a compiere tale valutazione, laddove il diritto processuale nazionale ammetta un siffatto esame solo su richiesta delle parti ed una siffatta richiesta non sia stata avanzata”.*

La Corte di Giustizia, per rispondere alla questione sollevata, parte dalla premessa, ribadita in tutte le pronunce precedenti, che l'articolo 6 della Direttiva 1993/13/CE ha carattere di norma imperativa di ordine pubblico e che la tutela del contraente debole può essere garantita solo

grazie ad un intervento positivo e riequilibratore da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale. Conseguenza di ciò è che *“il giudice nazionale, nell'ambito delle funzioni che gli incombono in forza delle disposizioni della direttiva, deve verificare se una clausola del contratto, che forma oggetto della controversia di cui è investito, rientri nell'ambito di applicazione della direttiva in parola”* e, in caso affermativo *“è tenuto a valutare, se necessario d'ufficio, suddetta clausola alla luce dei requisiti di tutela del consumatore previsti dalla direttiva in esame”* (punto n° 49).

Pertanto, nell'ipotesi in cui il giudice abbia attestato d'ufficio la presenza di pattuizioni potenzialmente abusive¹²⁸ nel rapporto negoziale sottoposto alla sua attenzione, in mancanza o nell'insufficienza di prove fornite dalle parti, questi dovrà procedere autonomamente a determinare se la clausola controversa è stata oggetto di negoziato individuale tra il professionista e il consumatore, *“in tutti i casi e a prescindere dalle norme di diritto interno”*. Il che *“è un modo lessicalmente diverso per dire che l'acquisizione o meno di una certa prova funge da pre-condizione per una tutela ottimale (o la soccombenza) del consumatore che abbia soltanto allegato un certo fatto”*¹²⁹.

L'approdo interpretativo della Corte è, però, in contrasto con le conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak¹³⁰, la quale, per contro, sostiene che la Direttiva 1993/13/CE vada interpretata nel senso che il giudice nazionale non è obbligato ad effettuare d'ufficio un'indagine volta a reperire gli elementi di fatto e di diritto necessari per accertare l'abusività di una clausola contrattuale, laddove *“il diritto processuale*

¹²⁸Come indicato nelle osservazioni della Commissione e nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak (paragrafo n° 107) le fattispecie in cui il potere del giudice di adottare d'ufficio misure istruttorie diviene rilevante sono quelle in cui la clausola del contratto si presenta come "potenzialmente" abusiva: l'abusività della clausola non è certa, ma in tal senso sussistono rilevanti indizi.

¹²⁹S. PAGLIANTINI, op. cit., 2012

¹³⁰Le cui conclusioni sono reperibili sul sito <http://eur-lex.europa.eu>

nazionale ammetta un siffatto esame solo su istanza delle parti e una siffatta istanza non sia stata avanzata dalle parti stesse” (paragrafo n° 116). Ciò perché, anzitutto, in mancanza di una disposizione comunitaria che preveda espressamente un tale dovere in capo all'autorità giudiziaria, i suoi poteri si individuano alla luce delle normative procedurali dei singoli stati. E, quindi, non è possibile non tenere di conto del principio dispositivo, che informa il processo civile degli ordinamenti interni, in virtù del quale incombe sulle parti l'onere di allegare i fatti rilevanti, in base ai quali il giudice dovrà pronunciare la propria sentenza.

Oltre a questo, l'Avvocato Generale ribadisce come un tale obbligo investigativo a carico dell'autorità giudiziaria non sarebbe neppure necessario, potendo essa, già dal momento in cui entra in possesso di una copia del contratto, disporre di quegli elementi di fatto e di diritto, fondamentali per procedere alla valutazione di abusività: *“in molti casi, perciò, il giudice nazionale non dovrebbe incontrare particolari difficoltà di carattere pratico”* (paragrafo n° 113).

Il riconoscimento, all'interno della sentenza *Pénzügyi Lízing Zrt*, di un potere istruttorio d'ufficio del giudice nazionale, finalizzato alla valutazione di vessatorietà della clausola contrattuale, ha fatto sorgere la necessità di determinarne in modo specifico l'ambito di applicazione, stante la portata di esso sul principio dispositivo caratterizzante il diritto processuale degli Stati membri. Proprio per evitare un'incidenza eccessiva su tale principio, si è ritenuto che l'obbligo investigativo a carico dell'autorità giudiziaria riguardi esclusivamente quelle clausole sulle quali la Corte si è pronunciata testualmente, ossia le pattuizioni attributive di competenza giurisdizionale territoriale esclusiva a carico di un giudice diverso da quello del luogo di residenza o domicilio del consumatore¹³¹.

¹³¹L. VALLE, op. cit., 2011

In primo luogo, questa scelta si giustifica in considerazione della pericolosità di tali clausole, le quali pregiudicano la posizione del contraente debole non solo a livello sostanziale, ma anche processuale, date le difficoltà che quest'ultimo incontra nel far valere i propri diritti nell'ambito di un giudizio incardinato in un luogo che può essere anche lontano da quello dove risiede o è domiciliato¹³². Pertanto, è ammissibile la previsione di un trattamento di maggior rigore, con una parziale deroga al principio dispositivo, che comporta un dovere del giudice nazionale di esercitare i propri poteri istruttori a favore del consumatore, per supplire ad una sua inadeguata attività processuale. In secondo luogo, la delimitazione del campo di applicazione della pronuncia è funzionale ad evitare che essa determini un onere sproporzionato a carico dell'autorità giudiziaria. In caso contrario, infatti, qualora si ammettesse la sussistenza di un dovere istruttorio d'ufficio relativo a qualsiasi tipo di clausola contrattuale, si determinerebbe un carico giudiziario eccessivo gravante sugli Stati membri, oltre che “*un'invasione generalizzata nel (loro) sistema probatorio*”¹³³.

Di conseguenza, con la sentenza *Pénzügyi Lízing Zrt* la Corte di Giustizia, considerando l'obbligo di adottare misure istruttorie nella più ampia cornice del potere di rilevare d'ufficio l'abusività di una clausola, ha ancora una volta ribadito come l'obiettivo fondamentale della normativa comunitaria sia quello di garantire l'effettività della tutela accordata al consumatore.

Tuttavia, essa non ha scardinato il principio dispositivo vigente nel diritto processuale degli Stati membri: potendosi ritenere limitato l'ambito di applicazione di tale dovere istruttorio, questa evoluzione nella giurisprudenza comunitaria “*non dovrebbe pertanto avere*

¹³²Come ribadito anche dalla Corte di Giustizia all'interno della sentenza *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, vedi paragrafo 2.1 del presente lavoro

¹³³F. P. PATTI, op. cit., 2011

*significant ripercussioni sugli ordinamenti giuridici nazionali*¹³⁴.

4. La Corte di Giustizia amplia la portata dell'obbligo di rilevazione d'ufficio della vessatorietà da parte del giudice nazionale

A questo punto della trattazione si rende necessaria una precisazione. Anche il risultato interpretativo al quale la Corte di Giustizia giunge nell'ambito della sentenza *Pannon GSM*, cioè il riconoscimento della sussistenza di un obbligo di rilevazione d'ufficio della vessatorietà delle clausole da parte del giudice nazionale, non rappresenta il punto di arrivo, ma piuttosto una tappa, seppur fondamentale, di un iter giurisprudenziale che non si esaurisce con tale pronuncia. Infatti, in tutta una serie di decisioni successive, il giudice comunitario ha continuato il cammino iniziato a partire dalla sentenza *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, dirigendosi nella direzione di un ampliamento del dovere di accertamento gravante sull'autorità giudiziaria nazionale.

In tali sentenze, la Corte di Giustizia, preliminarmente alla risoluzione della questione pregiudiziale, fa sempre riferimento alle conclusioni già elaborate nelle proprie decisioni precedenti, ribadendo che, tenuto conto della posizione di inferiorità in cui si trova il consumatore rispetto al professionista, non solo è doveroso qualificare l'articolo 6 della Direttiva 1993/13/CE quale norma imperativa, ma è anche necessario ipotizzare che il riequilibrio delle posizioni delle parti, cui tale disposizione è finalizzata, venga compiuto specificamente da un soggetto estraneo al rapporto contrattuale. E che, di conseguenza, il

¹³⁴*Idem*, p. 114

giudice nazionale abbia l'obbligo di accertare d'ufficio la presenza di clausole di natura abusiva nel contratto sottoposto alla sua attenzione.

La peculiarità di tali pronunce, alle quali sarà dedicata attenzione nei prossimi paragrafi, consiste nel fatto che, partendo da premesse oramai acquisite nella giurisprudenza della Corte, esse ampliano la portata del dovere gravante sull'autorità giudiziaria, riconoscendone la sussistenza in tutta una serie di casi, anche ulteriori rispetto al giudizio di primo grado.

4.1 Il giudice nazionale ha il dovere di accertare l'abusività della clausola compromissoria nell'ambito del giudizio di esecuzione forzata di un lodo arbitrale definitivo

La Corte di Giustizia, partendo dall'obbligo di rilevazione officiosa, si è spinta fino al punto di riconoscere l'esistenza di un dovere per il giudice interno, investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale divenuto definitivo, di accertare il carattere vessatorio della clausola compromissoria, stipulata tra le parti¹³⁵. Nello specifico, il fulcro di questo ulteriore passaggio interpretativo si trova nella sentenza *Asturcom Telecomunicaciones SL*¹³⁶, emanata appena pochi mesi dopo la pronuncia *Pannon GSM*.

Nel maggio 2004 la signora Rodríguez Nogueira aveva stipulato un contratto d'abbonamento di telefonia mobile con la società spagnola Asturcom Telecomunicaciones SL, nel quale era contenuta una

¹³⁵G. LO SCHIAVO, *La Corte di Giustizia ridimensiona progressivamente il principio nazionale di cosa giudicata*, in "Rivista italiana di diritto pubblico comunitario", 2010, 1, pp. 287 ss.

¹³⁶C. Giust. CE, sentenza 6 ottobre 2009, causa C-40/08, Pres. Jann, Avv. Gen. V. Trstenjak, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira*, in *Contratti*, 2009, pp. 1176 ss.

clausola compromissoria che sottoponeva qualsiasi controversia concernente l'esecuzione del negozio all'arbitrato dell'Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (AEADE), la cui sede, non indicata nel contratto, era a Bilbao. Poiché la signora Rodríguez non aveva saldato alcune fatture ed era receduta dal contratto prima dello scadere della durata minima convenuta, la Asturcom Telecomunicaciones SL aveva avviato nei suoi confronti il procedimento arbitrale dinanzi alla AEADE, il quale si era concluso con un lodo di condanna della contraente al pagamento delle somme dovute. A fronte dell'inadempimento alla decisione di condanna, la società spagnola, nell'autunno del 2007, aveva poi presentato, dinanzi al Juzgado de Primera Instancia de Bilbao, una domanda di esecuzione forzata della pronuncia arbitrale, la quale, nel frattempo e in mancanza di un'azione di annullamento promossa nei suoi confronti, era divenuta definitiva.

Il giudice adito aveva constatato la natura abusiva della clausola compromissoria, la quale incardinava la competenza a decidere la controversia dinanzi ad un ente arbitrale la cui sede, peraltro non indicata nel contratto, era situata ad una distanza considerevole dal domicilio del consumatore, il quale avrebbe, quindi, dovuto sostenere spese ingenti per recarvisi. Tuttavia, le norme spagnole non consentivano di rilevare d'ufficio la nullità delle pattuizioni arbitrali vessatorie né agli arbitri, né al giudice chiamato a statuire sull'esecuzione forzata del lodo. Perciò, il Juzgado de Primera Instancia de Bilbao aveva chiesto alla Corte di Giustizia di accertare se la tutela dei consumatori, garantita dalla Direttiva 1993/13/CE, implicasse per l'autorità giudiziaria nazionale, investita della domanda di esecuzione forzata di un lodo arbitrale definitivo, l'accertamento della nullità della convenzione d'arbitrato, contenente una clausola abusiva, e il conseguente annullamento del lodo, pur in mancanza di una domanda in tal senso del consumatore.

Nel pronunciarsi sulla questione pregiudiziale, la Corte sottolinea le peculiarità, rispetto alla vicenda che aveva dato luogo alla sentenza *Mostaza Claro*, della fattispecie sottoposta alla sua valutazione, nell'ambito della quale la contraente aveva assunto un atteggiamento totalmente passivo, non proponendo l'azione di annullamento del lodo arbitrale, il quale, di conseguenza, era divenuto definitivo¹³⁷. Dunque, era necessario stabilire se, anche in una simile situazione e nonostante le norme processuali nazionali sull'autorità della cosa giudicata, il giudice dell'esecuzione avrebbe dovuto comunque garantire una tutela assoluta al consumatore (punti n°34-35).

La Corte di Giustizia, facendo riferimento alla propria giurisprudenza¹³⁸, afferma che il principio per cui le decisioni giurisdizionali definitive non possono più essere messe in discussione costituisce un pilastro dei sistemi giudiziari nazionali e dello stesso diritto comunitario. Pertanto, l'autorità giudiziaria non può essere obbligata a disapplicare le norme processuali interne relative alla cosa giudicata, nemmeno quando ciò permetterebbe di rimediare ad una violazione, da queste perpetrata, della normativa sovranazionale. Infatti, la mancanza di una disciplina comunitaria uniforme in tema di tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche protette comporta che rientri nell'autonomia degli Stati membri individuare le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata.

La Corte, tuttavia, ricorda come sia necessario, in primo luogo, che le vie di ricorso, previste a favore di un diritto di matrice comunitaria,

¹³⁷Nella vicenda *Mostaza Claro*, come precisato nei paragrafi precedenti, la consumatrice era comparsa nel giudizio arbitrale, omettendo di eccepire la nullità della convenzione d'arbitrato, e aveva fatto valere le proprie doglianze in sede di impugnazione del lodo. Nel caso che ha originato la pronuncia *Asturcom Telecomunicaciones SL*, invece, la consumatrice non solo era rimasta contumace dinanzi agli arbitri, ma non aveva neanche impugnato la pronuncia arbitrale nei termini contemplati dall'ordinamento processuale spagnolo.

¹³⁸In particolare alla sentenza *Eco Swiss*, 1° giugno 1999, causa C-126/97, punti n° 47 e 48; alla sentenza *Kapferer*, 16 marzo 2006, causa C-234/04, punto n° 21 e alla sentenza *Fallimento Olimpiclub*, 3 settembre 2009, causa C-2/08, punto n° 23.

non siano strutturate in modo da renderne in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio¹³⁹. E come, in secondo luogo, sia fondamentale che le garanzie, predisposte in relazione ad un ricorso fondato sulla tutela di un diritto comunitario, non siano inferiori a quelle che l'ordinamento interno prevede per azioni relative alla protezione di analoghi diritti di matrice nazionale.

In virtù di tale disposizione, la quale integra il principio comunitario di equivalenza, l'articolo 6 della Direttiva 1993/13/CE, in quanto norma imperativa, va considerato come *“equivalente alle disposizioni nazionali che occupano, nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno, il rango di norme di ordine pubblico”* (punto n° 52). Di conseguenza, nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria interna, investita di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale definitivo, debba valutare d'ufficio la contrarietà della clausola compromissoria alle norme nazionali di ordine pubblico, essa è, allo stesso modo, obbligata ad accertarne il carattere abusivo per contrasto con l'articolo 6 della Direttiva 1993/13/CE. Tale obbligo, secondo la Corte di Giustizia, grava sul giudice dell'esecuzione anche quando questi *“nell'ambito del sistema giurisdizionale interno, dispone di una mera facoltà di valutare d'ufficio la contrarietà di una clausola del genere con le norme nazionali d'ordine pubblico”* (punto n° 54).

D'altronde, come sostiene anche l'Avvocato Generale Trstenjak, al

¹³⁹Si tratta del *principio di effettività*, che nel caso di specie la Corte di Giustizia ritiene essere stato rispettato. Infatti, il termine di 60 giorni, previsto dalla normativa spagnola in tema di clausole contrattuali abusive per l'impugnazione del lodo arbitrale, non rendeva impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti al consumatore dalla Direttiva 1993/13/CE, in quanto, decorrendo questo dalla notifica della sentenza arbitrale, consentiva comunque al contraente di conoscere gli effetti della clausola compromissoria vessatoria nei suoi confronti. Di conseguenza, il rispetto di tale principio *“non può, in circostanze come quelle della causa principale, giungere al punto di esigere che un giudice nazionale debba non solo compensare un'omissione procedurale di un consumatore ignaro dei propri diritti, come nella causa che ha dato luogo alla sentenza Mostaza Claro, ma anche supplire integralmente alla completa passività del consumatore interessato che, come la convenuta nella causa principale, non ha partecipato al procedimento arbitrale e neppure proposto un'azione d'annullamento contro il lodo arbitrale divenuto per tale fatto definitivo”* (punto n° 47 della sentenza in esame).

paragrafo n° 79 delle sue conclusioni¹⁴⁰, “l’effetto dissuasivo perseguito da una siffatta verifica verrebbe considerevolmente ridotto qualora questa fosse rimessa esclusivamente alla discrezionalità del giudice dell’esecuzione. La tutela dei consumatori verrebbe invece assicurata, in conformità dei precetti del diritto comunitario, qualora il giudice dell’esecuzione fosse giuridicamente obbligato a procedere ad una siffatta verifica”.

La Corte conclude, perciò, affermando che “la Direttiva 1993/13/CE deve essere interpretata nel senso che un giudice nazionale, investito di una domanda per l’esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquisito autorità di cosa giudicata, emesso in assenza del consumatore, è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d’ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell’ambito di ricorsi analoghi di natura interna”.

Nell’ambito della sentenza *Asturcom Telecomunicaciones SL*, quindi, la Corte di Giustizia porta avanti il percorso iniziato con la sentenza *Mostaza Claro* e proseguito con la sentenza *Pannon GSM*, arrivando ad ammettere che l’autorità giudiziaria interna possa in qualche modo “aggirare” il giudicato per eliminare una pattuizione vessatoria dal regolamento negoziale. E ciò d’ufficio, anche a fronte di un consumatore contumace, il quale, magari consapevole delle conseguenze connesse alla propria inerzia e nella possibilità economica di far valere la doglianza in sede di impugnazione, sia rimasto inerte, in attesa dell’intervento postumo dell’organo

¹⁴⁰Raccolta della giurisprudenza della Corte di Giustizia, p. I-9579

giurisdizionale¹⁴¹.

In questo modo, si conferma come il principio della tutela del consumatore abbia finito per assumere “una valenza primaria all'interno dell'ordinamento, tanto da assurgere a canone di un ordine pubblico, che [...] diviene, attraverso una serie di interventi di «direzione» del mercato e di «protezione» del contraente economicamente debole, «ordine pubblico di protezione» proteso a perseguire, attraverso lo strumento negoziale, una politica dirigistica di ricerca dell'equilibrio giuridico nei rapporti negoziali non conclusi fra imprenditori”¹⁴².

4.2 Il giudice nazionale ha il dovere di accertare d'ufficio la vessatorietà all'interno di un procedimento di ingiunzione di pagamento

Continuando il suo cammino giurisprudenziale, la Corte di Giustizia arriva a riconoscere, con la sentenza *Banco Español de Crédito*¹⁴³, un dovere di rilevazione del carattere abusivo delle clausole contenute nei contratti stipulati con i consumatori anche in capo al giudice investito di una domanda di ingiunzione di pagamento.

Di fronte alla Corte era stata sollevata una questione pregiudiziale, originatasi nell'ambito di una controversia riguardante un contratto di mutuo, stipulato tra il signor Joaquín Calderón Camino ed il Banco

¹⁴¹E. D'ALESSANDRO, *La Corte di Giustizia sancisce il dovere, per il giudice nazionale, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*, in “*Rivista dell'arbitrato*”, 2009, 4, pp. 667 ss.

¹⁴²R. CONTI, *C'era una volta il...giudicato. Corte di giustizia, sez. I, 6 ottobre 2009, n. C-40/08*, in “*Corriere giuridico*”, 2010, 2, pp. 170 ss.

¹⁴³C. Giust. UE, sentenza 14 giugno 2012, causa C-618/10, Pres. Tizzano, Avv. Gen. V. Trstenjak, *Banco Español de Crédito SA c. Joaquín Calderón Camino*, in *Foro italiano*, 2013, pp. 170 ss.

Español de Crédito SA, nell'ambito del quale si fissava il tasso di interesse al 7,950%, il tasso annuo effettivo globale all'8,890% e il tasso degli interessi moratori al 29%. Poiché il mutuatario non aveva corrisposto le somme dovute, alle scadenze prefissate, il Banco Español de Crédito aveva presentato, dinanzi al Juzgado de Primera Instancia n°2 di Sabadell, una domanda di ingiunzione di pagamento, per un ammontare pari alle mensilità rimaste insolte, maggiorate degli interessi convenzionali e delle spese. Il giudice adito, tenendo conto del fatto che il contratto controverso non lasciava reali possibilità di trattativa tra le parti e comprendeva condizioni generali imposte, non solo aveva dichiarato d'ufficio la nullità di pieno diritto della clausola relativa al tasso degli interessi moratori, in quanto abusiva, ma aveva anche rideterminato il tasso, riportandolo al livello legale.

L'Audiencia Provincial de Barcelona, alla quale il mutuante aveva proposto appello avverso la decisione del Juzgado de Primera Instancia, aveva constatato, anzitutto, che la legislazione spagnola non autorizzava i giudici, investiti di una domanda di ingiunzione di pagamento, a dichiarare, d'ufficio e in limine litis, la nullità delle clausole abusive contenute nei contratti stipulati con i consumatori, ricadendo tale verifica nell'ambito di un procedimento di diritto comune, instaurabile con la presentazione di un'opposizione da parte del debitore. Allo stesso tempo, però, l'autorità giudiziaria spagnola rilevava come, nella propria giurisprudenza precedente, la Corte di Giustizia era arrivata a riconoscere l'obbligo dei giudici nazionali di sollevare d'ufficio l'invalidità della pattuizione abusiva, anche in assenza di una domanda delle parti a tal fine.

Pertanto, l'Audiencia Provincial de Barcelona, nutrendo dubbi sulla corretta interpretazione del diritto dell'Unione, aveva chiesto alla Corte di esprimersi in merito alla possibilità del giudice nazionale di pronunciarsi, d'ufficio e in limine litis, in qualsiasi fase del

procedimento, sulla nullità o sull'adeguamento¹⁴⁴ di una clausola sugli interessi moratori contenuta in un contratto di credito al consumo, in assenza di opposizione da parte del consumatore.

La Corte di Giustizia risponde positivamente al quesito, asserendo che tale obbligo di rilevazione d'ufficio sussiste anche nell'ambito di un procedimento d'ingiunzione di pagamento, necessariamente antecedente l'opposizione, eventuale, del debitore.

Le motivazioni di tale decisione riprendono il percorso argomentativo già tracciato nella sentenza *Asturcom Telecomunicaciones SL*, poiché il giudice comunitario torna a fare riferimento ai principi di equivalenza ed effettività, quali parametri per valutare la tenuta della normativa nazionale rispetto alla disciplina introdotta dalla Direttiva.

La Corte, in particolare, ribadisce che, nonostante i meccanismi di recupero dei crediti non contestati, in assenza di una disciplina di armonizzazione, rientrano nell'ambito dell'autonomia procedurale degli Stati membri, essi non devono, comunque, essere meno favorevoli rispetto a quelli relativi a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno, né rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio delle prerogative garantite ai consumatori dal diritto dell'Unione. Nella fattispecie, il giudice comunitario, pur non riscontrando una violazione, da parte della normativa processuale spagnola, del principio di equivalenza¹⁴⁵, rileva un contrasto con il principio di effettività. Infatti, tenuto conto dello svolgimento complessivo e delle peculiarità del procedimento d'ingiunzione di pagamento, “*sussiste un*

¹⁴⁴Relativamente a tale secondo profilo, considerazioni più approfondite verranno svolte nel quarto capitolo della presente trattazione, dedicato all'analisi del tema dell'integrazione del contratto privato delle clausole abusive.

¹⁴⁵La Corte, infatti, ha attestato che il sistema processuale spagnolo, come non consente al giudice nazionale, investito di una domanda d'ingiunzione di pagamento, di esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola inserita in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, in assenza di opposizione proposta da quest'ultimo, allo stesso tempo non ne ammette una valutazione in merito alla contrarietà della stessa alle norme nazionali di ordine pubblico.

rischio non trascurabile che i consumatori interessati non propongano l'opposizione richiesta” (punto n° 54), o a causa del termine troppo breve, o per le spese ingenti che un'azione giudiziaria implica, o per ignoranza o, infine, per incompletezza delle informazioni delle quali dispongono, derivante dal contenuto succinto della domanda di ingiunzione presentata dal professionista. Pertanto, secondo la Corte, “sarebbe sufficiente che i professionisti avviassero un procedimento d'ingiunzione di pagamento invece di un procedimento civile ordinario per privare i consumatori del beneficio della tutela perseguita dalla Direttiva 1993/13/CE” (punto n° 55).

Partendo da tali riflessioni, la Corte di Giustizia giunge ad un esito interpretativo diverso da quello caldeggiato dall'Avvocato Generale Trstenjak.

Questa, nelle sue conclusioni¹⁴⁶, afferma che l'imposizione dell'obbligo di deliberare, nell'ambito di un procedimento di ingiunzione, in merito alla nullità di una clausola, relativa agli interessi moratori, contenuta in un contratto di credito al consumo, comporta “*una modifica sostanziale e non auspicabile del funzionamento del suddetto procedimento*” (paragrafo n° 49). Infatti, non trattandosi di una procedura che si svolge nel contraddittorio tra le parti, qualora, nel corso del suo svolgimento, il giudice nazionale dovesse necessariamente esaminare ed, eventualmente, disapplicare le clausole abusive riscontrate nel contratto controverso, non sarebbe sufficientemente garantito quel diritto ad essere sentiti che è annoverabile tra i principi giuridici generali del diritto dell'Unione riconosciuti nella giurisprudenza, non potendo il professionista avere la possibilità di prendere posizione sull'addebito.

La Corte di Giustizia, conclude, invece, che “*la Direttiva 1993/13/CE dev'essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di*

¹⁴⁶Reperibili sul sito <http://eur-lex.europa.eu>

uno Stato membro, quale quella di cui trattasi nel procedimento principale, che non consente al giudice investito di una domanda d'ingiunzione di pagamento di esaminare d'ufficio, in limine litis né in qualsiasi altra fase del procedimento, anche qualora disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, la natura abusiva di una clausola sugli interessi moratori inserita in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, in assenza di opposizione proposta da quest'ultimo”.

4.3 Il giudice nazionale ha il dovere di rilevare d'ufficio l'abusività in sede d'appello

Per concludere l'analisi del percorso interpretativo compiuto dalla Corte di Giustizia, meritano una menzione le recenti sentenze *Jörös* e *Asbeek Brusse*, ambedue emanate il 30 maggio 2013, poiché in esse si arriva ad affermare la sussistenza di un dovere, in capo al giudice nazionale, di rilevazione della nullità della pattuizione abusiva anche nell'ambito di un giudizio di appello.

In entrambe le pronunce, premessa fondamentale è che l'individuazione delle modalità di svolgimento dei procedimenti d'appello, intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto dell'Unione, mancando specifiche disposizioni comunitarie, spetta agli Stati membri, in ragione della loro autonomia processuale. Come precisato più volte nelle proprie decisioni precedenti, il giudice comunitario ricorda che tali normative non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna, né rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione.

Dal principio di equivalenza, in particolare, deriva che se il giudice nazionale è competente a valutare d'ufficio, ai sensi delle norme interne, la contrarietà di un atto giuridico rispetto alle regole nazionali di ordine pubblico, questi, allo stesso modo, deve esercitare tale competenza al fine di valutare il carattere abusivo di una pattuizione rientrante nell'ambito di applicazione della Direttiva 1993/13/CE, stante il suo carattere di norma imperativa. E ciò anche nell'ipotesi in cui tale dovere di vaglio della compatibilità rispetto alle norme interne di ordine pubblico grava sull'autorità giudiziaria nazionale che si pronuncia in sede di appello.

Premesso ciò, qualche breve considerazione su ciascuna di queste decisioni si rende opportuna.

Nella sentenza *Jőrös*¹⁴⁷, la questione pregiudiziale era sorta nell'ambito di una controversia instauratasi tra la signora Erika Jőrös e l'istituto ungherese Aegon Magyarország Hitel Zrt., a proposito di somme dovute in esecuzione di un contratto di credito stipulato tra di loro.

La disputa si era originata a fronte di un ricorso, presentato dalla contraente dinanzi al tribunale centrale circoscrizionale del centro di Pest, con il quale ella aveva dedotto la parziale invalidità del negozio, dipendente dal carattere usurario e fittizio, nonché contrario alla morale, di alcune sue disposizioni, non facendo valere, però, a fondamento della propria azione, la loro natura abusiva. Tale contratto, in particolare, riconosceva al creditore, alla chiusura di ciascun esercizio economico, la possibilità di modificare non solo l'importo dei costi di gestione per l'esercizio successivo, nonché il tasso di interesse, ma anche di introdurre nuove categorie di commissioni e spese, dinanzi a cambiamenti collegati al finanziamento dell'operazione. Inoltre, qualora fossero emersi nuovi costi a carico dell'istituto,

¹⁴⁷C. Giust. UE, sentenza 30 maggio 2013, causa C-397/11, Pres. Tizzano, Avv. Gen. P. Mengozzi, *Erika Jőrös c. Aegon Magyarország Hitel Zrt.*, in *Foro italiano*, 2014, pp. 3 ss.

impossibili da prevedere al momento della stipulazione del contratto, il debitore avrebbe dovuto pagare, su richiesta, le somme necessarie a sopperirvi. Il tutto, senza la previsione di un diritto di recesso di quest'ultimo con effetto immediato.

Il Fővárosi Bíróság, appellato dalla signora Jörös, a seguito della decisione di rigetto del ricorso originario da parte del tribunale di primo grado, aveva chiesto alla Corte di esprimersi in merito alla possibilità del giudice nazionale, che si pronuncia in sede d'appello, di esaminare il carattere abusivo delle condizioni generali di contratto, nell'ipotesi in cui tale questione non sia stata considerata nell'ambito del procedimento di primo grado e nonostante la normativa nazionale escluda la possibilità di prendere in considerazione fatti nuovi o ammettere nuovi elementi probatori in tale grado di giudizio.

La Corte di Giustizia rileva come, nel caso di specie, dal parere 2/2010/VI.28./PK¹⁴⁸ delle Sezioni Unite civili della Corte suprema dell'Ungheria, del 28 giugno 2010, è possibile ricavare che il giudice, in sede di appello, è competente a valutare d'ufficio l'esistenza di una causa di nullità di una clausola contrattuale, anche nell'ipotesi in cui la parte, che avrebbe potuto avvalersene, non l'abbia invocata. Pertanto, in virtù del principio di equivalenza, *“poiché il giudice nazionale che si pronuncia in sede di appello dispone di tale competenza nelle situazioni di natura interna, deve esercitarla in una situazione come quella oggetto del procedimento principale, che mette in discussione la salvaguardia dei diritti che il consumatore trae dalla direttiva 93/13”* (punto n° 36).

La questione pregiudiziale, originante la sentenza *Asbeek Brusse*¹⁴⁹,

¹⁴⁸Il quale, all'articolo 4, lett. b) stabilisce che *“il giudice è obbligato a dichiarare d'ufficio la nullità in un procedimento di secondo grado se l'esistenza di una causa di nullità risulta chiaramente dalle informazioni disponibili nel procedimento di primo grado (...)”*.

¹⁴⁹C. Giust. UE, sentenza 30 maggio 2013, causa C-488/11, Pres. Tizzano, Avv. Gen.

invece, era sorta nell'ambito di una controversia instauratasi tra il signor Asbeek Brusse e la signora de Man Garabito, da un lato, e la Jahani BV, società che si occupava a fini commerciali della locazione di immobili ad uso abitativo, dall'altro. La disputa, in particolare, riguardava il pagamento, da parte dei primi, di canoni arretrati, di interessi contrattuali e di penali dovute in virtù di un contratto di locazione di un locale ad uso abitativo sito ad Alkmaar, nei Paesi Bassi. Avverso la pronuncia del giudice di primo grado, il quale aveva accolto le domande della Jahani BV, ricorrente, i locatari avevano presentato appello al Gerechtshof te Amsterdam, chiedendogli di ridurre gli importi previsti, nelle condizioni generali di contratto, a titolo di penalità per l'inadempimento o la violazione degli derivanti dal contratto, tenuto conto della sproporzione esistente tra questi e il danno subito dalla locatrice¹⁵⁰.

In tale contesto, il giudice appellato aveva chiesto alla Corte di Giustizia se *“il giudice nazionale, tanto in primo grado quanto in appello, ha il potere e l'obbligo di esaminare d'ufficio una clausola contrattuale alla luce della normativa nazionale di trasposizione e di dichiararne la nullità se ritiene che la clausola sia abusiva”*.

Secondo il giudice comunitario, poiché nell'ordinamento olandese l'autorità giudiziaria che si pronuncia in sede di appello è competente a valutare d'ufficio la validità di un atto giuridico rispetto alle norme nazionali di ordine pubblico, essa *“deve parimenti esercitare tale competenza ai fini di valutare d'ufficio, rispetto ai criteri enunciati dalla direttiva, l'eventuale carattere abusivo di una clausola contrattuale che rientri nell'ambito di applicazione di quest'ultima”* (punto n° 45).

D'altronde, come già precisato con la sentenza *Asturcom*

P. Mengozzi, Dirk Frederik Asbeek Brusse e Katarina de Man Garabito c. Jahani BV, in *Foro italiano*, 2014, pp. 3 ss.

¹⁵⁰I. PICCIANO, *Osservatorio comunitario*, in *“Contratti”*, 2013, 8/9, pp. 857 ss.

Telecomunicaciones SL, tale obbligo incombe sul giudice nazionale anche quando il sistema giurisdizionale interno attribuisce una mera facoltà e non un vero e proprio dovere di valutazione d'ufficio della contrarietà con le norme interne aventi carattere imperativo.

5. Le sentenze della Corte di Giustizia e il ruolo dei giudici nazionali nella tutela del consumatore: riflessioni conclusive

Affinché possa essere garantita un'effettiva protezione al consumatore, è necessario non solo prevedere un sistema coerente di regole di tipo sostanziale, ma c'è bisogno anche di disporre di strumenti processuali adeguati ad assicurarne l'applicazione. Poiché la legislazione europea a tutela dei contraenti in posizione di debolezza si è indirizzata verso un'armonizzazione minima in materia procedurale, si è configurato un dovere degli Stati membri di determinare autonomamente le modalità e le condizioni per l'attuazione, a livello nazionale, della normativa comunitaria, nel rispetto del principio di equivalenza e di quello di effettività. Cosa che ha comportato, quale conseguenza, l'obbligo per i giudici nazionali di applicare la disciplina comunitaria sulla base delle rispettive regole processuali interne.

In questo contesto, le autorità giudiziarie nazionali hanno più volte invitato la Corte di Giustizia dell'Unione Europea a chiarire l'entità dei poteri loro riconosciuti in materia di tutela dei diritti dei consumatori, nello specifico contro l'inserimento di clausole vessatorie nei contratti stipulati con i professionisti.

Il giudice comunitario, interpellato, ha sviluppato una giurisprudenza significativa, sia per il numero di pronunce, che per le conclusioni raggiunte in termini di definizione delle prerogative riconosciute alle corti nazionali, della quale ho avuto ampiamente modo di parlare nel

corso del capitolo.

In particolare, dalle decisioni della Corte di Giustizia, le quali nel tempo hanno ampliato sempre di più l'ambito dei poteri attribuiti ai giudici nazionali, emerge come questi siano considerati “*as a cornerstone of the European judicial system in order to ensure an effective and uniform application of EU law*”¹⁵¹. Pertanto, “*this case law can undoubtedly be qualified as consumer-friendly and it may entail far-reaching duties for national courts and tribunals to take positive action*”¹⁵².

¹⁵¹V. TRSTENJAK, *Procedural aspects of european consumer protection law and the case law of the CJEU*, in “*European review of private law*”, 2013, 2, pp. 451 ss.

¹⁵²*Idem*, p. 476

Capitolo III

Dalla rilevabilità d'ufficio della nullità di diritto comune alla nullità di protezione: limiti ed evoluzione della posizione della Corte di Cassazione italiana

1. Introduzione

La Corte di Giustizia ha avuto modo di pronunciarsi più volte in merito all'obbligo degli Stati membri di prevedere strumenti adeguati a garantire la piena efficacia della Direttiva 1993/13/CE, concernente le clausole abusive inserite nei contratti stipulati con i consumatori e, in particolare, relativamente al potere delle autorità giudiziarie nazionali di rilevarne d'ufficio la vessatorietà, arrivando fino al punto di riconoscere l'esistenza di un vero e proprio obbligo in tal senso.

Tenuto conto del fatto che le soluzioni cui giunge la Corte si impongono non solo al giudice che ha sollevato la questione pregiudiziale, dalla quale è scaturita la pronuncia, ma anche a tutte le altre corti, tenute a conformarvisi allorché vengano investite di una questione che richiede l'applicazione della stessa disciplina comunitaria oggetto di interpretazione, è necessario soffermarsi a valutarne l'impatto nell'ambito degli ordinamenti giuridici nazionali, nello specifico per quanto riguarda la normativa processuale. Ciò, in particolare, in considerazione della delicatezza del coordinamento che si impone tra i principi e le regole di diritto comunitario e quelle processuali interne, le quali sono sottoposte *“a continui stimoli, che esigono l'attivazione di processi di adattamento/adequamento ai principi e alle categorie di fonte sovranazionale [...] per la cui implementazione può essere necessario neutralizzar(ne)*

l'operatività”¹⁵³.

Infatti, le nuove forme di nullità, cosiddette di protezione, funzionalizzate a garantire una particolare tutela all'interesse del consumatore contro l'inserimento di pattuizioni abusive nei contratti che lo coinvolgono, hanno fatto sorgere il dovere, per gli Stati membri, di istituire *“un diverso dialogo tra la disciplina sostanziale dello specifico rimedio e quella processuale, allo scopo di evitare che lo svincolo dagli ostacoli posti dalle norme generali sostanziali interne venga vanificato dai principi che regolano la celebrazione del processo”*¹⁵⁴.

Nei paragrafi che seguono, verrà approfondito il profilo dell'impatto che hanno avuto le decisioni della Corte di Giustizia, in tema di rilevabilità d'ufficio delle clausole vessatorie, da parte del giudice nazionale, specificamente nell'ordinamento giuridico italiano.

Anzitutto, verranno analizzate le problematiche, presentatesi alla dottrina e alla giurisprudenza, inerenti il rapporto tra la disciplina sostanziale della nullità e i poteri di accertamento d'ufficio del giudice, sia per quanto riguarda le nullità di diritto comune, che quelle di protezione. Dopodiché ci si soffermerà sulla disamina dell'evoluzione registrata sul tema nelle sentenze della Corte di Cassazione italiana.

2. Premessa necessaria al problema originato dalle nullità di protezione: la rilevabilità d'ufficio delle nullità di diritto comune

Per poter comprendere appieno le questioni emerse nell'ordinamento italiano relativamente al tema della rilevabilità d'ufficio della

¹⁵³R. SENIGAGLIA, *“Il problema del limite al potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di protezione”*, in *“Europa e diritto privato”*, 2010, 3, pp. 835 ss.

¹⁵⁴*Ibidem*, pp. 385 ss.

vessatorietà delle clausole inserite nei contratti stipulati con i consumatori, è necessario, in primo luogo, svolgere una breve riflessione sulle nullità di diritto comune. Ciò perché, ancor prima che venissero introdotti i rimedi, di matrice comunitaria, a protezione della parte debole del rapporto contrattuale, era sorto un ampissimo dibattito dottrinale, sfociato anche in una serie consistente di pronunce giurisprudenziali, riguardante l'ammissibilità e i limiti dell'accertamento d'ufficio dell'invalidità di pieno diritto da parte del giudice.

Perciò, una valutazione in merito alle ragioni a fondamento dell'esistenza di una normativa sostanziale che espressamente ammette la rilevabilità d'ufficio dell'invalidità di diritto comune e ai confini che ad essa derivano da alcune disposizioni contenute nel codice di procedura civile, si pone quale premessa indispensabile del discorso, che verrà affrontato nei paragrafi che seguono, sulle nullità di protezione.

2.1 L'articolo 1421 c.c. e il fondamento della rilevabilità della nullità di pieno diritto

L'articolo 1421 c.c.¹⁵⁵ attribuisce la legittimazione a far valere la nullità del contratto a chiunque sia portatore di un interesse¹⁵⁶ e al

¹⁵⁵La norma è rubricata “*legittimazione all'azione di nullità*” e stabilisce che “*salvo diverse disposizioni di legge, la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice*”.

¹⁵⁶In particolare, si veda l'articolo 100 cpc, rubricato “*interesse ad agire*”, in virtù del quale “*per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse*”. Si configura quale interesse al conseguimento di un'utilità o di un vantaggio non ottenibile senza l'intervento del giudice, che deve essere: personale, nel senso che il risultato vantaggioso deve riguardare direttamente il soggetto che agisce; attuale, nel senso che deve sussistere al momento in cui si propone la domanda; concreto, ovvero deve essere valutato con riferimento ad un pregiudizio concretamente verificatosi ai danni del soggetto che esercita l'azione. Di avviso contrario, invece, è S. NARDI, *Nullità del contratto e potere-dovere*

giudice, il quale può rilevarla d'ufficio.

La possibilità dell'autorità giudiziaria di accertare d'ufficio l'invalidità del negozio non era espressamente prevista nel codice civile italiano del 1865, rappresentando, piuttosto, una regola di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale e, quindi, “*virtuale, nel senso di non testuale, ma nota alla prassi e di cui soprattutto le corti facevano un frequente nonché sperimentato uso*”¹⁵⁷.

In particolare, in tutta una serie di casi¹⁵⁸ si ammetteva il potere del giudice di sollevare l'eccezione di nullità, poiché si riteneva inammissibile che questi potesse in qualche modo, anche solo indirettamente, collaborare con le parti, nel dare attuazione ad un regolamento di interessi finalizzato a perseguire obiettivi, di fatto, repressi dal legislatore. Oltre a ciò, vi era l'esigenza di evitare che, per il tramite del ricorso all'organo giudiziario, in mancanza di una specifica iniziativa di parte nella direzione dell'accertamento del vizio, potesse ricevere esecuzione un contratto contrario ai principi fondamentali dell'ordinamento o inidoneo a produrre i suoi effetti *ab originem*.

Con il codice civile del 1942 e l'introduzione di una disciplina unitaria dell'azione di nullità, si diede vita ad una netta differenziazione tra questa e il rimedio dell'annullabilità, fondata sulla diversità delle finalità perseguite dal legislatore con le due forme di invalidità: tutela di interessi generali dell'ordinamento, la prima, presidio di interessi particolari, la seconda. Ciò si tradusse in un opposto trattamento normativo, in virtù del quale l'inefficacia, la legittimazione ad agire assoluta e la rilevabilità d'ufficio della relativa eccezione vennero riconosciuti quali caratteri propri della nullità (artt. 1421 ss. c.c.), in

del giudice, in “*Rivista di diritto civile*”, 2012, 2, pp. 155 ss.

¹⁵⁷S. PAGLIANTINI, *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, in “*Rivista di diritto civile*”, 2011, 6, pp. 753 ss.

¹⁵⁸Ad alcuni dei quali fa riferimento ad esempio S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, pp. 270-271

contrasto con la provvisoria efficacia, la relatività della legittimazione e l'impossibilità del giudice di eccepire il vizio, quali elementi caratteristici dell'annullabilità (artt. 1441 ss. c.c.)¹⁵⁹. D'altronde, proprio *“il fatto che la nullità sia disposta per motivi di interesse pubblico contribuisce a spiegare il senso delle diverse regole che disciplinano le ipotesi di contratto nullo e ad individuarne la ragione unificante”*¹⁶⁰.

Da queste premesse, è anzitutto possibile ricavare che il fondamento del potere, riconosciuto al giudice, di accertamento della nullità, a prescindere dalla presentazione di una specifica istanza o eccezione in tal senso, si trova nella tutela contro la lesione di interessi generali e, dunque, nella funzione pubblicistica che l'organo giudiziario è chiamato a svolgere. Ciò in ragione del fatto che, in mancanza di una domanda di parte, la legittimazione assoluta, pur se abbinata ad altri caratteri, quali l'imprescrittibilità dell'azione, di cui all'articolo 1422 c.c., e l'insanabilità, di cui all'articolo 1423 c.c., non sarebbe in grado di realizzare *“quella funzione di contrasto- a negozi riprovevoli perché lesivi di interessi indisponibili- che soltanto la rilevabilità si assume garantisca”*¹⁶¹.

Pertanto, poiché la nullità, per il tramite della soppressione di pattuizioni disapprovate dal legislatore, è finalizzata ad assicurare il rispetto di disposizioni imperative¹⁶², l'intervento giudiziale d'ufficio si configura quale complemento della stessa, necessario a salvaguardare i valori fondamentali dell'ordinamento. In tal senso, *“la regola della*

¹⁵⁹F. CORSINI, *Rilevabilità di ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *“Rivista di diritto civile”*, 2004, 5, pp. 667 ss.

¹⁶⁰E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, p. 183

¹⁶¹S. PAGLIANTINI, op. cit., 2011

¹⁶²In questo senso, secondo S. MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *“Rivista di diritto civile”*, 1990, II, pp. 669 ss., la nullità opera come *“sanzione civile indiretta”*, intesa quale misura afflittiva comminata dalla legge ed applicata dall'autorità giudiziaria allo scopo di garantire l'effettività dell'ordinamento giuridico e di prevenire la trasgressione di precetti posti a salvaguardia di interessi generali.

*rilevabilità d'ufficio è sentita come un punto fermo, un dato irrinunciabile per garantire l'effettività della tutela di interessi protetti con la previsione della nullità*¹⁶³, anche nell'inerzia dei contraenti.

Tuttavia, da più parti della dottrina¹⁶⁴ si è ritenuto che il fondamento giustificativo della previsione della rilevabilità d'ufficio della nullità di diritto comune non stia esclusivamente nella protezione di interessi collettivi, avendo, piuttosto, questa la funzione di “*impedire il formarsi di giudicati sulla validità del negozio (nullo)*” ed “*eliminare un atto idoneo a suscitare affidamenti essenzialmente precari: salvaguardando così l'ordinato svolgimento del traffico giuridico*”¹⁶⁵.

Questa posizione trova il suo fondamento nella *ratio* sottesa a tale invalidità, la quale è orientata a fare in modo che non venga data vigenza ad un contratto rispetto al quale l'ordinamento ha espresso un giudizio di radicale disvalore, stante la sua inidoneità a produrre effetti in ragione di una serie di caratteristiche funzionali o strutturali che lo contraddistinguono.

Perciò, qualora il giudice, sulla base degli elementi acquisiti nel processo, rilevasse una causa di nullità, ma non potesse pronunciarla, in mancanza di una domanda di parte, si avrebbe una situazione nella quale si farebbero conseguire al contratto quegli effetti che la legge esclude possa realizzare. Con ciò fondando un'apparente validità dello stesso, idonea a turbare la certezza nella circolazione dei diritti, posto che la decisione, adottata in assenza di un'istanza presentata dai legittimati a far valere il vizio, potrebbe essere caducata da un giudice successivo, il quale attesti l'originaria inefficacia del negozio sul quale essa si basa.

Di conseguenza, tenuto conto che la sentenza è il mezzo mediante il

¹⁶³*Idem*, p. 669

¹⁶⁴Della quale avremo modo di parlare nel paragrafo 2.3, dedicato all'analisi della posizione della giurisprudenza e ai contrasti di essa con la dottrina, relativamente al tema del limite della domanda al potere di rilevazione officiosa della nullità.

¹⁶⁵G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, p. 135

quale il giudice applica la legge al caso concreto, “*se per legge un atto è nullo, anche nel silenzio delle parti il magistrato adito deve provvedere secundum ius pronunciando la nullità, perché altrimenti violerebbe doppiamente la legge, applicando ad un atto nullo una norma che postula invece l'esistenza di un atto valido, e però venendo meno al primo ed essenziale dei suoi doveri, di giudicare alla stregua del diritto positivo quale esso è e non quale gli interessati o per ignoranza o per negligenza immaginano che sia*”¹⁶⁶.

2.2 Limiti alla rilevabilità d'ufficio

La possibilità, riconosciuta al giudice dalla disposizione di cui all'articolo 1421 c.c., di rilevare la nullità del contratto anche in assenza di un impulso di parte, pur rappresentando una garanzia per la tutela dei valori fondamentali dell'ordinamento, non è, però, configurabile in termini assoluti. La sua operatività, infatti, è condizionata dalla presenza di alcuni limiti, conati dalla giurisprudenza a fronte dell'esigenza di operare un coordinamento tra la normativa sostanziale e i principi cardine del processo civile italiano¹⁶⁷.

Nello specifico, compongono il perimetro del potere giudiziale di rilevazione d'ufficio della nullità di diritto comune le regole processuali del contraddittorio, della disponibilità delle prove e dell'intangibilità della cosa giudicata.

In primo luogo, l'esercizio di tale potere di accertamento ufficioso non può prescindere dall'applicazione dell'articolo 183, quarto comma,

¹⁶⁶G. STOLFI, *Sopra un caso di modificazione della domanda in corso di giudizio*, in “*Giurisprudenza italiana*”, 1948, 2, cit. p. 151

¹⁶⁷A. PASSARELLA, *Rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in “*Contratti*”, 2013, 2, pp. 81 ss.

c.p.c., il quale, stabilendo che il giudice “*indica (alle parti) le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione*”, è posto a presidio del principio del contraddittorio.

Questa previsione aveva in passato sollevato un ampio dibattito nella dottrina, la cui parte minoritaria, facendo leva sulla lettera della norma, in particolare sul riferimento all'opportunità della trattazione, riteneva sussistente in capo al giudice una semplice facoltà di informare le parti, piuttosto che un vero e proprio obbligo, come, invece, sostenuto dalla visione prevalente.

La questione non era banale, poiché, solo accogliendo quest'ultima posizione, la cosiddetta sentenza “a sorpresa”, cioè fondata su una questione rilevata d'ufficio, in assenza di un preventivo contraddittorio, sarebbe dovuta essere ritenuta nulla¹⁶⁸.

La disputa ha trovato una sua composizione per il tramite della legge n° 69 del 18 giugno 2009, di riforma del processo civile, la quale ha aggiunto all'articolo 101 c.p.c., rubricato “*principio del contraddittorio*”, un ulteriore comma, il quale dispone che “*se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine [...] per il deposito di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione*”. In questo modo, grazie alla menzione espressa della nullità, quale conseguenza di una decisione “a sorpresa”¹⁶⁹ e la previsione di un termine a difesa, il legislatore ha ampliato l'ambito applicativo dell'articolo 183, quarto comma, c.p.c., sancendo espressamente l'obbligo dell'autorità giudiziaria di integrare

¹⁶⁸A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2010, p. 99

¹⁶⁹A differenza della dottrina più garantista, che conclude sempre e comunque per la nullità della sentenza “a sorpresa”, R. SENIGAGLIA, op. cit., 2010, ritiene che sia necessario distinguere a seconda del tipo di questione interessata dal rilievo d'ufficio. In particolare, si esclude che la decisione possa ritenersi in ogni caso invalida quando la questione sulla quale essa si basa, rilevata d'ufficio e in assenza del contraddittorio delle parti, si caratterizza per essere di “puro diritto”. Ciò perché soltanto se la questione è di fatto, o mista di fatto e di diritto, la violazione del dovere di integrare il contraddittorio sottrae davvero alle parti la facoltà di chiedere prove o di ottenere la rimessione in termini e quindi, solo in tal caso, si avrebbe nullità della sentenza.

il contraddittorio delle parti¹⁷⁰. Soluzione che si giustifica ancora di più alla luce del secondo comma dell'articolo 111 Cost., introdotto dalla legge costituzionale n° 2 del 23 novembre 1999, il quale prevede specificamente che “*ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti*”.

In secondo luogo, la previsione di cui all'articolo 1421 c.c. deve essere coordinata con il principio di disponibilità delle prove¹⁷¹, di cui all'articolo 115 c.p.c.¹⁷², in virtù del quale al giudice è preclusa la possibilità di rilevare la nullità del contratto nell'ipotesi in cui essa non risulti dagli atti e dai fatti allegati e provati dalle parti. Conseguentemente, l'autorità giudiziaria non ha la possibilità di predisporre autonome indagini di fatto, al fine di valutare la validità del negozio sottoposto alla sua attenzione, essendo limitata, nell'esercizio del proprio potere di accertamento d'ufficio, dal materiale legittimamente acquisito al processo.

D'altra parte, alcuni autori¹⁷³ sottolineano che se il legislatore codicistico avesse voluto, per converso, consegnare la nullità all'autonoma iniziativa del giudice, svincolandolo dalle deduzioni delle parti, non avrebbe utilizzato il verbo “rilevare”. Essendo, perciò, i poteri officiosi del giudice limitati al “rilievo” della nullità, essi non esonerano la parte dall'onere probatorio, gravante su di essa ai sensi dell'articolo 2697 c.c.¹⁷⁴.

¹⁷⁰A. GIORDANO, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio. Riflessioni sulle pronunce 'a sorpresa' alla luce del nuovo art. 101 comma 2, cod. proc. civ.*, in www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com, V, 2012, pp. 1 ss.

¹⁷¹Per approfondimenti sul tema, si veda S. PATTI, *La disponibilità delle prove*, in “*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*”, 2011, 1, pp. 75 ss.

¹⁷²Il quale stabilisce che “*salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita. Il giudice può, tuttavia, senza bisogno di prova, porre a fondamento della decisione le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza*”.

¹⁷³Tra i quali, ad esempio R. SENIGAGLIA, op. cit., 2010

¹⁷⁴Il quale, al primo comma, stabilisce che “*chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento*”, richiamando, in questo modo, l'articolo 115 c.p.c.

Infine, il potere di rilevazione d'ufficio della nullità è limitato dal principio dell'intangibilità del giudicato, il quale comporta che, qualora il giudice si pronunci in merito alla validità di un contratto e la relativa sentenza non venga impugnata per tale parte, il giudicato interno, così formatosi, impedisce il riesame successivo della stessa questione¹⁷⁵.

2.3 Il limite della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato: la posizione della giurisprudenza maggioritaria

Alle limitazioni, sopra menzionate, alla regola della rilevabilità d'ufficio della nullità da parte del giudice, la giurisprudenza assolutamente dominante¹⁷⁶ ne affianca di ulteriori, derivanti dal coordinamento della disposizione di cui all'articolo 1421 c.c. con il principio processuale della domanda, di cui all'articolo 99 c.p.c.¹⁷⁷ e con il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, di cui all'articolo 112 c.p.c.¹⁷⁸.

Secondo questa interpretazione, peraltro non condivisa dalla dottrina

¹⁷⁵G. GHIGLIOTTI, *Nullità, rilevabilità d'ufficio e limiti della domanda: principi sostanziali e processuali a confronto [Nota a Cass. sez. II civ. 29 luglio 2008, n. 20560]*, in *“Obbligazioni e contratti”*, 2009, 8/9, pp. 698 ss.

¹⁷⁶Tra le tantissime sentenze in merito, si segnalano Cass. civ. Sez. I, 11.07.2012, n° 11651, in *“Contratti”*, 2012, 10, pp. 824 ss; Cass. civ. Sez. III, 28.11.2008, n° 28424, in *“Contratti”*, 2009, 5, pp. 449 ss., con nota di P. Leone; Cass. civ. Sez. II, 17.05.2007, n° 11550, in *“Massimario di giurisprudenza italiana”*, 2007; Cass. civ. Sez. II, 06.10.2006, n° 21632, in *“Contratti”*, 2007, 5, pp. 421 ss.; Cass. civ. Sez. lavoro, 14.10.2005, n° 19903, in *“Foro Italiano”*, 2006, 7-8, pp. 2107 ss., con nota di F. Di Ciommo; Cass. civ. Sez. I, 08.09.2004, n° 18062, in *“Archivio Civile”*, 2004, pp. 1275 ss.; Cass. civ. Sez. lavoro, 14.01.2003, n° 435, in *“Massimario di giurisprudenza del lavoro”*, 2004, 6, pp. 105 ss.; Cass. civ. Sez. II, 24.02.2000, n° 2108, in *“Massimario di giurisprudenza italiana”*, 2000; Cass., 18.04.1970, n° 1127, in *“Foro italiano”*, 1970, I, pp. 741 ss., con nota di V. Proto-Pisani.

¹⁷⁷In virtù del quale *“chi vuole far valere un diritto in giudizio deve proporre domanda al giudice competente”*.

¹⁷⁸Il quale stabilisce che *“il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti”*.

maggioritaria, il principio dispositivo, sul quale va modellato il processo, circoscriverebbe il potere di accertamento dell'invalidità dell'autorità giudiziaria, la quale, nell'esercitarlo, risulterebbe vincolata alla domanda di parte. Di conseguenza, il giudice potrebbe rilevare d'ufficio la nullità solamente nel caso in cui la parte agisse in giudizio al fine di ottenere l'applicazione del contratto, non competendogli tale facoltà qualora, invece, la controversia avesse per oggetto la risoluzione, la rescissione o l'annullamento dello stesso, stante il divieto di pronunciarsi *ultra petita*¹⁷⁹.

Le argomentazioni a sostegno di tale posizione sono di carattere prettamente processuale, fondandosi in particolare sulle nozioni di *petitum* e *causa petendi* e sulle differenze intercorrenti tra le caratteristiche dell'azione di adempimento e quelle qualificanti le domande di risoluzione, rescissione e annullamento.

In particolare, si afferma che con la domanda di adempimento, a differenza che con quelle di risoluzione, rescissione e annullamento, la parte richiederebbe la tutela di posizioni giuridiche che hanno la loro fonte nel contratto nullo, promuovendo, sia pure indirettamente, un giudizio sulla sua validità¹⁸⁰. In questo modo, poiché l'accertamento della nullità del negozio si configurerebbe quale elemento costitutivo dell'azione, l'autorità giudiziaria avrebbe la possibilità di rilevarla d'ufficio, compatibilmente con i principi della domanda e del rapporto tra chiesto e pronunciato, rientrando nell'ambito dei suoi poteri la verifica della sussistenza delle condizioni per l'esercizio dell'azione. D'altronde, ai sensi dell'articolo 112 c.p.c., al giudice sarebbe sempre concesso di rilevare autonomamente quelle eccezioni che non solo non

¹⁷⁹F. PAROLA, *Rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in "Obbligazioni e contratti", 2006, 8/9, pp. 727 ss.

¹⁸⁰A. BONFILIO-V. MARICONDA, *Il recupero del contratto nullo*, in "Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale" fondata da W. Bigiavi, "I contratti in generale" a cura di G. Alpa e M. Bessone, IV, 1, Torino, 1991, pp. 519 ss.

rientrano tra quelle sollevabili unicamente dalle parti¹⁸¹, ma anche che, in quanto tese al rigetto della domanda, non ampliano l'oggetto della controversia, configurandosi quali mere difese che il convenuto può esperire¹⁸².

Viceversa, qualora l'attore agisse per la risoluzione, la rescissione o l'annullamento, l'accertamento ufficioso dell'invalidità costituirebbe solamente una diversa ragione comunque favorevole alle pretese eliminatorie degli effetti del contratto, da questi avanzate. Pertanto, poiché in questo caso la nullità non si configurerebbe come un'eccezione, ma sarebbe piuttosto ricompresa nell'ambito delle difese proprie dell'attore, le quali devono essere oggetto di una specifica domanda, il giudice, rilevandola d'ufficio, attribuirebbe alla parte un'utilità del tutto diversa da quella richiesta, incorrendo nel vizio di ultrapetizione.

Queste affermazioni si baserebbero, nello specifico, sulla considerazione del fatto che l'azione di nullità e quelle di risoluzione, rescissione e annullamento, si differenzierebbero tra loro sia per il *petitum*, che per la *causa petendi*¹⁸³.

Infatti, mentre per la domanda di nullità il *petitum* sarebbe costituito dall'accertamento dell'irrilevanza giuridica del negozio e dei suoi effetti, per le altre domande sarebbe, invece, determinato da una corrispondente pronuncia costitutiva.

Inoltre, mentre la *causa petendi* dell'azione di nullità sarebbe costituita

¹⁸¹Infatti, le eccezioni in senso lato, in quanto ineriscono a situazioni già implicitamente ricomprese nella richiesta avanzata in giudizio (quali, ad esempio, fatti diretti a negare la pretesa dell'attore, in quanto impeditivi o estintivi del diritto fatto valere), possono essere oggetto di pronuncia anche senza apposita istanza.

¹⁸²G. GHIGLIOTTI, op. cit., 2009

¹⁸³Il *petitum* e la *causa petendi* costituiscono, insieme alle persone, gli elementi oggettivi dell'azione civile. Il *petitum* rappresenta l'oggetto della domanda giudiziale, ossia ciò che si domanda al giudice e si distingue in immediato (il provvedimento che si chiede all'autorità giudiziaria) e mediato (il bene della vita che si chiede nei confronti della controparte). La *causa petendi* è il titolo giuridico della domanda proposta, che consiste nell'esposizione delle ragioni poste a fondamento della pretesa azionata.

dalla mancanza di un titolo valido ed idoneo a produrre gli effetti del contratto, per le altre domande sarebbe determinata dal diritto potestativo alla loro eliminazione¹⁸⁴.

Nonostante la giurisprudenza prevalente sostenga questa interpretazione, appena esposta, sono, però, pochi gli autori a condividerla.

In particolare, tale parte della dottrina, inserendosi nel solco già tracciato da numerose pronunce, anche provenienti dalla Corte di Cassazione, ritiene accettabile una visione restrittiva della rilevazione officiosa della nullità, giustificata dal fatto che il fondamento della previsione di cui all'articolo 1421 c.c. stia nell'eliminazione dal panorama giuridico un atto in grado di determinare affidamenti precari e, quindi, di compromettere la regolare circolazione dei diritti¹⁸⁵. Difatti, a fronte di tale considerazione, la previsione di un potere di accertamento officioso dell'invalidità potrebbe ammettersi solamente nel caso in cui, in sua mancanza, l'eventuale accoglimento della domanda proposta fosse suscettibile di ingenerare confusione circa la validità del contratto. Ciò, in particolare, avverrebbe nell'ipotesi in cui venisse proposta un'azione per l'esecuzione di un negozio affetto da nullità: qualora il convenuto non eccepisse il vizio e il giudice non potesse rilevarlo autonomamente, questi dovrebbe accogliere la domanda di adempimento. In questo modo, emergerebbe un giudicato (fra le parti) sulla validità del contratto, che, tuttavia, non potrebbe opporsi ai terzi interessati, la cui iniziativa per far valere la nullità, azionabile senza limiti di tempo, caducherebbe gli eventuali atti di disposizione, successivamente stipulati presupponendone l'efficacia. Invece, in presenza di domande di risoluzione, rescissione o annullamento del negozio, poiché la validità del contratto non ne rappresenta un elemento costitutivo, anche qualora si ammettesse la

¹⁸⁴S. MONTICELLI, op. cit., 1990

¹⁸⁵G. FILANTI, op. cit., 1983

possibilità del giudice di rilevare officiosamente la nullità, essa potrebbe dare luogo ad una pronuncia soltanto incidentale, non potendosi formare il giudicato in merito. Di conseguenza, *“in tal caso l'atto non è idoneo a suscitare affidamenti circa le situazioni giuridiche su cui avrebbe dovuto incidere; non sorge pertanto l'esigenza cui la rilevabilità della nullità tipicamente provvede”*¹⁸⁶.

2.4 (segue) la posizione della dottrina maggioritaria

La dottrina maggioritaria¹⁸⁷ ha, invece, contestato ripetutamente tale orientamento, evidenziandone le carenze dal punto di vista logico e giuridico ed optando per una diversa soluzione ricostruttiva.

Anzitutto, i sostenitori di tale impostazione hanno fatto leva sul dato letterale, mettendo in luce come nel testo dell'articolo 1421 c.c. non vi sia alcun riferimento ad una limitazione al potere di rilievo officioso della nullità da parte del giudice dipendente dalla concreta azione esercitata dalle parti.

Tuttavia, le critiche maggiori, oltre che più significative, si sono

¹⁸⁶*Idem*, p. 137

¹⁸⁷E una parte minoritaria della giurisprudenza: si ricordano, fra le altre, Cass. civ. Sez. I, 12.07.2013, n° 17257, in *“Contratti”*, 2014, 1, pp. 15 ss., con nota di S. Pagliantini; Cass. civ. Sez. III, 07.02.2011, n° 2956, in *“Contratti”*, 2011, 7, pp. 677 ss., con nota di M. Pirovano; Cass. civ. Sez. III, 20.08.2009, n° 18540, in *“Massimario di giurisprudenza italiana”*, 2009; Cass. civ. Sez. III, 15.09.2008, n° 23674, in *“Nuova giurisprudenza civile commentata”*, 2009, 3, pp. 197 ss., con nota di S. Nardi; Cass. civ. Sez. I, 21.12.2007, n° 27088, in *“Massimario di giurisprudenza italiana”*, 2007; Cass. civ. Sez. III, 22.03.2005, n° 6170, in *“Nuova Giurisprudenza civile commentata”*, 2006, 4, pp. 372 ss., con nota di G. Dottore. In quest'ultima decisione, in particolare, la Cassazione ha affermato che le domande di risoluzione e di annullamento presuppongono la validità del contratto, dunque *“implicano, e fanno valere, un diritto potestativo di impugnativa contrattuale nascente dal contratto in discussione, non meno del diritto all'adempimento”*. La domanda di risoluzione contrattuale è, quindi, caratterizzata da una sostanziale identità di presupposti con la domanda di adempimento.

concentrate sull'argomentazione fondante l'interpretazione sostenuta da larga parte della giurisprudenza, secondo la quale soltanto a fronte di una domanda di adempimento e non di risoluzione, rescissione o annullamento, si presupporrebbe la validità del contratto. Si è, infatti, obiettato che anche tali ultime azioni, in quanto dirette all'eliminazione degli effetti del negozio, presuppongono, analogamente a quella di esecuzione, l'accertamento dell'efficacia del rapporto: non è difatti coerente, né logico chiedere la caducazione di un contratto che non si ritiene sia stato validamente concluso. Pertanto, l'attore, qualora fosse davvero cosciente della sussistenza della nullità, agirebbe direttamente per chiederne il rilievo, non avendo la necessità di intervenire per ottenere l'eliminazione degli effetti di un negozio, della cui originaria inefficacia sia consapevole¹⁸⁸.

Nel sostenere questa posizione, la dottrina ha fatto riferimento alla funzione che ritiene svolga la nullità nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano, richiamando, nello specifico, l'opinione tradizionale, che la qualifica come una sorta di “sanzione civile”, operante qualora le parti abbiano posto in essere un negozio contrario ad interessi pubblici superiori¹⁸⁹.

Come già ribadito in precedenza¹⁹⁰, il potere di rilevazione officiosa, sancito all'articolo 1421 c.c., trova la sua ragione giustificativa nell'esigenza di evitare che il giudice attribuisca valore giuridico ad un atto che si pone in contrasto con gli interessi generali dell'ordinamento. Di conseguenza, all'autorità giudiziaria, in quanto soggetto preposto alla loro tutela, deve essere riconosciuta la possibilità di intervenire per accertare l'eventuale nullità del contratto sottoposto alla sua attenzione, al fine di eliminarlo dal panorama giuridico, a prescindere da quale sia

¹⁸⁸F. CORSINI, op. cit., 2004

¹⁸⁹Per un approfondimento sul tema, si veda F. GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in “*Contratto e impresa*”, 1987, pp. 531 ss., il quale ha coniato l'espressione.

¹⁹⁰Vedi paragrafo 2.1 del presente capitolo

la specifica richiesta formulata delle parti¹⁹¹. D'altronde, posto che “*se il contratto è nullo non ci sono effetti da eliminare, perché la nullità consiste proprio nella negazione, da parte dell'ordinamento, degli effetti dell'atto che ne è colpito*”, nell'ipotesi in cui il rilievo officioso della nullità si ammette esclusivamente a fronte di una domanda di adempimento, si realizza una situazione nella quale il giudice “*si sostituisce alla legge, a quella legge che vuole il negozio nullo privo di effetti*”¹⁹².

A fronte di tali considerazioni, si è, quindi, ritenuto che la questione circa la validità del contratto costituisca l'antecedente logico necessario di ogni azione esperita dai contraenti, sia essa di adempimento, che di risoluzione, rescissione o annullamento¹⁹³, sulla quale per prima il giudice deve indagare ai fini della decisione¹⁹⁴. Dunque, l'autorità giudiziaria rileva, sempre e comunque, in tutti questi casi, la nullità del contratto, non essendo tale potere sottoposto ad alcun limite ulteriore rispetto a quelli, analizzati precedentemente, costituiti dal principio del contraddittorio, da quello della disponibilità delle prove e da quello dell'intangibilità del giudicato¹⁹⁵.

La garanzia della compatibilità tra questa ricostruzione e la regola dispositiva, la quale rimane comunque vigente e vincolante per

¹⁹¹F. PAROLA, op. cit., 2006

¹⁹²F. AMATO, *Risoluzione, rescissione, annullamento di un contratto nullo?*, in “*Giurisprudenza italiana*”, 1971, 1, pp. 443 ss

¹⁹³S. MONTICELLI, *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in “*Giustizia civile*”, 2003, 7/8, pp. 295 ss.

¹⁹⁴Illustra bene questo rapporto di pregiudizialità N. IRTI, *Risoluzione di un contratto nullo?*, in “*Foro padano*”, 1971, I, pp. 741 ss., esponendo i passaggi del ragionamento logico che dovrebbe fare il giudice sia in caso di domanda di adempimento, che in caso di domanda di risoluzione. Essi, in particolare, consistono in: “1) *Affermazione della validità ed efficacia del negozio*; 2) *Affermazione che dal negozio deriva un dato obbligo...*; 3) *Affermazione, infine, che l'obbligo è stato adempiuto e che non ricorrono circostanze di esclusione della responsabilità*”. Il passaggio fondamentale ai fini di ogni tipo di azione è il numero 1), poiché ci si chiede “*di quale inadempimento sarà dato parlare, se l'obbligo non è mai venuto ad esistenza?*”.

¹⁹⁵S. NARDI, *Risoluzione di contratto nullo e rilevanza d'ufficio della nullità*, in “*La nuova giurisprudenza civile commentata*”, 2009, 3, pp. 201 ss.

l'iniziativa ufficiosa del giudice, è assicurata dal fatto che l'accertamento dell'invalidità avviene in via meramente incidentale, mediante una valutazione inidonea a costituire giudicato, avente il solo scopo di decidere il rigetto o l'accoglimento dell'azione.

Infatti, considerando che la validità del contratto costituisce il presupposto logico e giuridico della pronuncia sulla domanda e che, per questo, il rilievo della nullità rientra nella categoria delle eccezioni in senso lato, il relativo esame, pur allargando l'oggetto della cognizione del giudice, non amplia l'ambito della decisione, definito dall'atto introduttivo del giudizio¹⁹⁶. L'autorità giudiziaria, quindi, non andando a dichiarare la nullità del contratto, bensì meramente a conoscerla, in quanto antecedente logico necessario per la decisione nel merito, *“non viola l'articolo 112 c.p.c., perché la sua pronuncia riguarda sempre e soltanto la domanda proposta”*. E, d'altra parte, *“«rilevare» d'ufficio la nullità non significa «dichiarare» o «pronunciare» a tutti gli effetti la stessa nullità; significa semplicemente accertare incidentaliter tantum l'esistenza dell'invalidità al fine di rigettare la domanda proposta”*¹⁹⁷.

In conclusione, secondo questa visione, *“il giudice dovrebbe sempre rilevare incidentalmente la nullità quando questa sussiste, e invece dovrebbe pronunciare la nullità del contratto solo quando le parti lo richiedono”*¹⁹⁸.

2.5 L'articolo 1421 c.c. ricondotto nella cornice dell'articolo 2907 c.c.: una possibile soluzione alternativa?

In contrasto con l'interpretazione della giurisprudenza dominante si

¹⁹⁶S. MONTICELLI, op. cit., 1990

¹⁹⁷F. AMATO, op. cit., 1971

¹⁹⁸R. SACCO, *Il contratto invalido*, R. Sacco e G. De Nova, Il contratto, in “Trattato di diritto civile”, a cura di R. Sacco, Torino, 2004, p. 559

pone, poi, un'altra parte della dottrina, la quale aggira la spinosa questione della compatibilità tra il potere di rilievo ufficioso e il principio della corrispondenza tra chiesto e giudicato, ritenendo che l'articolo 1421 c.c. non debba essere ricondotto nella cornice dell'articolo 112 c.p.c., ma, piuttosto, in quella dell'articolo 2907, primo comma, c.c.. Tale disposizione, infatti, attribuendo al giudice il potere di provvedere alla tutela giurisdizionale dei diritti “*quando la legge lo dispone, anche su istanza del pubblico ministero o d'ufficio*”, gli consentirebbe, in alcuni casi tassativi, di pronunciarsi sulla nullità del contratto anche senza l'impulso di parte e al di là dei limiti della domanda, con piena efficacia di giudicato¹⁹⁹.

Nello specifico, secondo questa visione, la configurabilità di una simile alternativa ricostruttiva si giustificerebbe tenendo conto non solo del fatto che tale invalidità è preordinata alla tutela di interessi generali, ma anche che espressamente l'articolo 1421 c.c. sancisce che “*la nullità... può essere rilevata d'ufficio dal giudice*”²⁰⁰.

Nonostante questa impostazione sia suggestiva, in quanto perfettamente rispondente all'esigenza di accordare prevalenza a quelle posizioni sostanziali tutelate con la nullità, è, però, da più parti della dottrina ritenuta non condivisibile.

In particolare, si parte dalla premessa che vi è una differenza di carattere tecnico-giuridico tra il “procedere d'ufficio” e il “provvedere d'ufficio”: solamente nel primo caso, cioè quando non solo la conclusione della procedura, ma il suo stesso avvio è rimesso all'iniziativa giudiziale, il giudice sarebbe pienamente libero da iniziative esterne di parte²⁰¹.

Ora, poiché la previsione di cui all'articolo 2907 c.c. contempla la

¹⁹⁹N. IRTI, op. cit., 1971, il quale, a sua volta, riprende quanto in precedenza affermato da G. Stolfi, op. cit., 1948

²⁰⁰S. MONTICELLI, op. cit., 1990

²⁰¹S. LA CHINA, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, volume XIX, Torino, 1985, pp. 26 ss.

prima di queste due categorie, essa fa riferimento a quelle ipotesi nelle quali l'iniziativa dell'attività giurisdizionale è testualmente riconosciuta al giudice. Di conseguenza, tale disposizione non può applicarsi a quei casi in cui la tutela è subordinata all'iniziativa della parte, che propone una domanda giudiziale, quale è quello della nullità negoziale. Invero, l'articolo 1421 c.c. postula l'esistenza di una procedura iniziata su istanza di parte, come testimonia anche il fatto che la norma limita a chiunque ne abbia interesse la possibilità di far valere la nullità²⁰².

3. La rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione

Conclusa la disamina delle problematiche che si sono poste in relazione ai limiti del rilievo d'ufficio della nullità di diritto comune, si entra nel vivo della questione, cui è dedicato questo capitolo: è possibile riconoscere un tale potere al giudice anche nell'ipotesi in cui venga in considerazione un'invalidità prevista a tutela di una sola parte, quella “debole” del rapporto? E, più nello specifico, è ammissibile un potere di accertamento ufficioso di quella nullità protettiva finalizzata a garantire il consumatore contro l'inserimento di clausole vessatorie nei contratti stipulati tra questi e un professionista?

Si tratta di un quesito che ha sollevato numerosi dubbi e contrasti nella dottrina e nella giurisprudenza italiana e che ha richiesto, in maniera sempre più pressante, una soluzione. Ciò soprattutto a fronte di una più netta posizione sul punto della Corte di Giustizia, indirzzatasi, invece, verso il riconoscimento della sussistenza di un vero e proprio obbligo di rilievo giudiziale della nullità delle pattuizioni abusive.

Prima di affrontare un simile problema, è, però, necessaria una

²⁰²G. MASSETANI, *Ingiustificate limitazioni alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in “*Foro italiano*”, 1989, I, pp. 1938 ss.

premessa.

Il tema della configurabilità di un potere del giudice di accertare autonomamente, senza specifico impulso di parte, una forma di invalidità definita “speciale”, in quanto orientata alla tutela di soggetti in posizione di debolezza, non viene in rilievo soltanto quando questa è volta a contrastare l'inserimento di clausole contrattuali abusive: guardando all'ordinamento italiano, il problema si pone per tutte le nullità protettive e non solo per l'ipotesi contemplata all'articolo 36 cod. cons²⁰³. Tuttavia, l'attenzione, inevitabilmente si concentra su quest'ultima fattispecie, la quale, in considerazione della sua rubrica e stante la sua collocazione sistematica, assume un particolare rilievo, rappresentando il principale riferimento normativo per la ricostruzione di una disciplina esaustiva di tale patologia²⁰⁴. D'altronde, che ciò sia vero lo conferma il fatto che la giurisprudenza della Corte di Giustizia e, in base ad essa, la stessa dottrina, costruisca il modello di nullità di protezione sul paradigma dell'invalidità delle pattuizioni vessatorie²⁰⁵. Pertanto, non si potrà non tenere di conto di questa tendenza nello svolgimento del discorso, pur se, in linea di principio, le considerazioni che verranno effettuate in merito alla rilevabilità riguardano anche tutte le altre forme di invalidità considerate protettive.

²⁰³Come precisato all'inizio di questo lavoro, in particolare nel paragrafo 4 del capitolo I, esiste una serie di forme di nullità, rientranti comunque nel novero di quelle a protezione di contraenti in posizione di debolezza, che, però, non riguarda specificamente il tema delle clausole vessatorie.

²⁰⁴G. BILÒ, *Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore*, in “*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*”, 2011, 2, pp. 483 ss.

²⁰⁵R. ALESSI, op. cit., 2014

3.1 Il problema della compatibilità tra legittimazione relativa all'azione e rilevabilità ufficiosa

Nell'ambito dell'ordinamento italiano non si è posto tanto il problema di riconoscere l'esistenza di un potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di protezione, essendo tale prerogativa oggetto di una specifica previsione nell'articolo 36 cod. cons. e in numerose disposizioni dedicate ad altre ipotesi di invalidità protettive²⁰⁶, quanto piuttosto di coordinarla con il carattere relativo del rimedio, azionabile solo dalla parte tutelata²⁰⁷. Infatti, in dottrina sono stati espressi tutta una serie di dubbi relativamente alla compatibilità di questa regola con la previsione di una legittimazione ristretta a far valere il vizio, riconosciuta esclusivamente ai contraenti considerati dal legislatore “deboli”.

Varie sono state le argomentazioni di volta in volta presentate a sostegno di questa impostazione.

Anzitutto, alcuni autori hanno fatto leva sulla considerazione per cui, mentre la rilevabilità d'ufficio costituirebbe una caratteristica propria di una disciplina a tutela di interessi generali, per contro la legittimazione relativa integrerebbe un elemento previsto a protezione di posizioni individuali. Pertanto, il rilievo d'ufficio non sarebbe idoneo a garantire quel ribilanciamento dello squilibrio del rapporto contrattuale controverso, per ottenere il quale si ammette che solo la parte protetta, unico arbitro della valutazione, possa decidere se far valere o meno in giudizio l'invalidità.

²⁰⁶Tra le quali vengono in considerazione, nello specifico, la disposizione di cui all'articolo 127 del Testo unico delle disposizioni in materia bancaria e creditizia e gli articoli 67 *octies decies* e 134 cod. cons.: sul tema, si veda il paragrafo 4 del capitolo I di questa trattazione, dedicato alle nullità testuali di protezione.

²⁰⁷A differenza di quanto è avvenuto a livello comunitario, dove, in mancanza di una previsione espressa nell'articolo 6 della Direttiva 1993/13/CE, il problema postosi alla Corte di Giustizia ha riguardato, a monte, proprio la possibilità di riconoscere la sussistenza di un potere di rilevazione ufficiosa della nullità, più che il coordinamento con la ristrettezza della legittimazione a farla valere.

Senza tenere conto del fatto che l'accertamento autonomo dell'invalidità consentirebbe anche alla parte economicamente più forte di allegare nel procedimento gli elementi sufficienti a provarla, al fine di sollecitare una pronuncia in tal senso, anche contro la volontà del soggetto tutelato, vanificando, in questo modo, l'esclusione della sua legittimazione attiva²⁰⁸.

Secondo un'altra visione, poiché, in linea generale, il potere di rilevazione ufficiosa della nullità attribuito al giudice troverebbe il proprio fondamento giustificativo nell'esigenza di eliminare un atto idoneo a suscitare affidamenti precari, salvaguardando lo svolgimento dei traffici giuridici²⁰⁹, esso non avrebbe ragione di sussistere nelle ipotesi di invalidità a carattere relativo. Invero, qualora il soggetto cui è riconosciuta la legittimazione ad agire in giudizio non facesse valere il vizio, si formerebbe un “*indice di affidabilità del negozio non caduco*”, avente efficacia di giudicato e, quindi, inattaccabile da parte di soggetti terzi. Di conseguenza, non emergendo quelle situazioni pregiudizievoli per la circolazione dei diritti, che una tale prerogativa giudiziale mira ad evitare, non risulterebbe giustificato il riconoscimento della possibilità di un intervento autonomo di accertamento del giudice²¹⁰.

3.2 L'ammissibilità di una rilevabilità d'ufficio ad esclusivo vantaggio del consumatore

Nonostante le perplessità manifestate da alcuni autori, la parte

²⁰⁸G. PASSAGNOLI, op. cit., 1995, p. 189

²⁰⁹G. FILANTI, op. cit., 1983, il cui orientamento è stato più volte esplicitato nel corso di questo capitolo: si vedano i paragrafi 2.1 e 2.3

²¹⁰G. BILÒ, op. cit., 2011

maggioritaria della dottrina²¹¹ ammette la compatibilità tra il profilo della legittimazione relativa all'azione e il rilievo d'ufficio del giudice della nullità di protezione, nello specifico per quanto riguarda la valutazione di vessatorietà delle clausole contenute nei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore.

Questa impostazione, sicuramente più condivisibile, si fonda sulla considerazione per cui le invalidità protettive, di derivazione comunitaria, non sono esclusivamente dirette a tutelare la parte debole del rapporto contrattuale, essendo esse anche finalizzate a garantire un interesse di natura generale al corretto funzionamento del mercato. Dunque, poiché tali obiettivi non si escludono a vicenda, in una logica di prevalenza dell'uno sull'altro, ma, piuttosto, si intersecano tra di loro, non c'è contraddizione nella contestuale presenza di una legittimazione relativa della parte protetta a far valere la nullità e della possibilità dell'autorità giudiziaria di supplire autonomamente alla scarsa reattività processuale di quest'ultima.

D'altra parte, posta questa premessa, non può negarsi che un esercizio indiscriminato di tale potere di rilevazione ufficiosa possa compromettere la finalità protettiva perseguita, privando di significato l'attribuzione esclusiva, in capo al contraente debole, della facoltà di decidere in merito alla sorte del contratto viziato²¹².

Pertanto, per sopperire a tale rischio, sotteso al riconoscimento, in capo al giudice, di un potere di accertamento dell'invalidità, svincolato da ogni limite, la dottrina ha ritenuto di consentirne l'esplicazione

²¹¹E parte anche della giurisprudenza: si vedano Trib. Genova, 14.02.2013, in *“Nuova giurisprudenza civile”*, 2013, I, pp. 1059 ss., con nota di F.P. Patti; Cass. Civ. Sez. I, 13.06.2008, n° 16017, in *“Contratti”*, 2009, 2, pp. 133 ss., con commento di Tisci; Pret. Bologna, 20.01.1998, in *“Danno e responsabilità”*, 1998, 3, pp. 270 ss., con nota di Palmieri-Pardolesi. Dedicata, nello specifico, al rilievo d'ufficio delle nullità di protezione previste dal Testo unico delle disposizioni in materia bancaria e creditizia, Pret. Bologna, 04.01.1999, in *“Corriere giuridico”*, 1999, 6, pp. 600 ss., con nota di Gioia.

²¹²M. PIROVANO, *Rilevabilità d'ufficio della nullità e domanda di risoluzione*, in *“Contratti”*, 2011, 7, pp. 677 ss.

esclusivamente nell'interesse del contraente debole. In tal senso, trovando l'avallo anche del legislatore, il quale, nell'articolo 36 cod. cons., stabilisce espressamente che “*la nullità (delle clausole contrattuali considerate vessatorie) opera soltanto a vantaggio del consumatore*”, nonché della giurisprudenza della Corte di Giustizia²¹³. In questo modo, la rilevazione d'ufficio costituisce il “*contenuto di un potere-dovere non irrelato, cioè ad esercizio incondizionato e automatico, bensì condizionato all'interesse del soggetto riservatario dell'azione di nullità*”²¹⁴. Di conseguenza, quest'ultima, da rimedio “asimmetrico”, cioè lasciato alla disponibilità di una sola delle parti, diventerebbe “a gestione asimmetrica”, implicando la necessaria considerazione dell'interesse di una sola delle parti²¹⁵.

A questo punto, si tratta di capire in quali termini l'accertamento compiuto dall'autorità giudiziaria della nullità di protezione, anche in mancanza di una specifica richiesta della parte legittimata, possa concretamente avvenire nel suo interesse.

Apparentemente, sembrerebbe porsi come ostacolo a tale rilievo la non rispondenza della declaratoria d'invalidità al vantaggio del contraente protetto, appurata sulla base di una considerazione globale dell'attività processuale svolta.

Una simile interpretazione non è, tuttavia, particolarmente convincente. Infatti, dato che, in linea di principio, la pronuncia della nullità del contratto, o di una sua clausola, per violazione di una prescrizione posta a protezione di una parte è sempre vantaggiosa per quest'ultima, accogliendo questa visione non si individuerrebbe alcun limite reale al potere del giudice di accertare d'ufficio l'invalidità.

In realtà, la soluzione, ritenuta preferibile, è quella per cui “*il giudice*

²¹³Si veda in particolare quanto affermato nella sentenza *Pannon GSM*, nonché nella sentenza *Banif Plus Bank ZRT*, di cui al precedente capitolo.

²¹⁴G. BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in “*Rivista di diritto privato*”, 2004, 4, pp. 861 ss.

²¹⁵R. ALESSI, op. cit., 2014

*dovrebbe sempre rilevare la causa della nullità relativa, tranne nel caso in cui il contraente legittimato manifesti un interesse all'efficacia del contratto o della clausola, rivelato da un comportamento processuale di invocazione degli effetti negoziali o da un comportamento a carattere positivo che comunque esprima accettazione degli effetti medesimi*²¹⁶. In sostanza, non si accoglie un'interpretazione in virtù della quale il potere di accertamento dell'autorità giudiziaria viene ammesso solo qualora il suo esercizio risulta conforme al vantaggio del soggetto legittimato, ma, piuttosto, si opta per una visione che riconosce, quale unico limite al suo esplicarsi, l'invocazione o l'accettazione, da parte del contraente debole, degli effetti del negozio.

Nello specifico, è grazie all'applicazione dell'articolo 183, quarto comma, c.p.c. che si riesce a sopperire a tale esigenza di conformazione dell'intervento giudiziale ufficioso al concreto interesse del contraente debole. Invero, il potere, che la norma attribuisce all'organo giudiziario, di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritenga opportuna la trattazione, consente di rendere edotto il soggetto protetto della sussistenza di una causa di nullità del contratto di cui è parte, lasciandogli la possibilità di dichiarare la propria, eventuale, volontà favorevole alla sua sopravvivenza²¹⁷. Perciò, segnalata alle parti la possibile declaratoria di invalidità, il giudice ha il dovere di astenersi dal pronunciarla solamente nell'ipotesi in cui, ritenendo che non gli rechi pregiudizio, il contraente tutelato manifesti il proprio interesse al mantenimento in vita del rapporto.

In questo modo, viene garantito il pieno rispetto della previsione restrittiva della legittimazione attiva all'azione, poiché è esclusivamente il contraente in stato di debolezza ad avere la facoltà di

²¹⁶G. BONFIGLIO, op. cit., 2004

²¹⁷S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, in "Rivista di diritto privato", 2002, 4, pp. 685 ss.

esigere che sia data esecuzione al programma contrattuale che, pur presentando una causa di invalidità, è comunque conforme al suo interesse. Evitando, così, che l'iniziativa della controparte “forte” possa portare alla caducazione del rapporto, con il correlato rischio che, a causa della struttura peculiare del mercato, la parte protetta non riesca a conseguire da altri professionisti la stessa prestazione, oggetto del negozio nullo²¹⁸.

Sulla base di questi presupposti, è possibile affermare, per concludere, che il punto centrale della questione non risulta essere tanto la pretesa incompatibilità tra rilevabilità d'ufficio e relatività della legittimazione ad agire per farla valere, quando, piuttosto, la definizione delle modalità di esercizio e dei limiti che si pongono a tale intervento giudiziale, nell'ipotesi peculiare della nullità di protezione. Difatti, a fronte di una tutela predisposta dal legislatore a favore di una parte soltanto del contratto, la quale ne ha la disponibilità, l'attività dell'organo giudiziario non arriva mai a collidere con la sua volontà, essendo finalizzata, più che ad affermare il primato dell'interesse generale, a rafforzare l'obiettivo di protezione dell'invalidità.

4. Gli interventi delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione italiana

Le riflessioni svolte nei paragrafi precedenti di questo capitolo aiutano a tracciare il quadro delle posizioni, dottrinali e giurisprudenziali, che sono andate definendosi nel corso del tempo in merito alla rilevabilità d'ufficio della nullità di diritto comune e di protezione.

²¹⁸Tema a questo correlato è quello della configurabilità o meno di una sanatoria della nullità di protezione, per un approfondimento sul quale si veda, tra gli altri, G. PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in “*Obbligazioni e contratti*”, 2012, 6, pp. 409 ss.

Tuttavia, l'analisi del tema non può dirsi, con esse, conclusa. È necessario, invero, porre l'attenzione su un paio di decisioni recenti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, stimulate dai numerosi interventi della Corte di Giustizia, le quali assumono un'importanza decisiva, in quanto mettono dei punti fermi su tali questioni, riassumendo l'evoluzione delle interpretazioni illustrate nel corso della trattazione.

Perciò, nei paragrafi conclusivi del capitolo si concentrerà l'indagine su queste sentenze, pronunciate, in particolare, l'una nel 2012 e l'altra nel 2014, grazie alla disamina delle quali sarà possibile definire, conclusivamente, lo stato attuale della disciplina del rilievo ufficioso delle nullità di pieno diritto e protettive. Esemplificando, allo stesso tempo, l'entità dell'influenza che il giudice sovranazionale, con la propria giurisprudenza, esercita sugli ordinamenti processuali degli Stati membri.

4.1 Le Sezioni Unite ammettono la rilevabilità d'ufficio della nullità di diritto comune anche a fronte di una domanda di risoluzione del contratto

La prima delle due decisioni a venire in considerazione è la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n° 14828 del 4 settembre 2012²¹⁹, la quale, nonostante presti il fianco ad alcune obiezioni, ha il

²¹⁹Rivenibile in “*Foro Italiano*”, 2013, 4, pp. 1238 ss., con nota di A. PALMIERI. La controversia era sorta a fronte di un contratto, stipulato tra il proprietario di un terreno e un'impresa di costruzioni, in virtù del quale i contraenti stabilivano di permutare il suolo in cambio della proprietà del fabbricato che vi sarebbe stato costruito sopra. Intervenuto il fallimento dell'impresa, a fronte della comunicazione del curatore fallimentare dello scioglimento del negozio, il contraente aveva agito per la risoluzione del preliminare e la restituzione del terreno. Poiché in primo grado il tribunale aveva rigettato la domanda attorea,

pregio di rappresentare un primo tentativo serio di risoluzione della questione relativa ai limiti alla rilevabilità d'ufficio della nullità di un contratto. Tale intervento nomofilattico, peraltro, non risultava solo opportuno, ma finanche inevitabile nel clima che si era venuto a creare nei mesi precedenti la sua emanazione, a fronte dell'acutizzarsi del contrasto giurisprudenziale sul tema, che aveva visto un rapido susseguirsi di pronunce di segno opposto, emesse a pochi mesi di distanza le une dalle altre²²⁰.

Non è, tuttavia, possibile ritenere che con tale decisione sia stato sopito il dibattito sui poteri di rilevazione officiosa della nullità, non solo di diritto comune, ma anche di protezione. Invero, come avrà modo di vedersi nel corso del paragrafo, il giudice di legittimità, pur riconoscendo la possibilità di tale accertamento non solo a fronte di una domanda di adempimento, ma anche in tutte le ipotesi in cui venga richiesta la risoluzione, continua, invece, ad aderire alla visione tradizionale per quanto riguarda le azioni di rescissione e annullamento. Escludendo, inoltre, quelle invalidità protettive, definite “speciali”, dal novero delle ipotesi per le quali si ammette che il giudice possa intervenire autonomamente nella rilevazione.

Anzitutto, bisogna rilevare come la motivazione fornita dalla Corte

affermando che tali pretese sarebbero dovute essere soddisfatte mediante insinuazione al passivo, questi aveva chiesto in sede di appello che fosse pronunciata la nullità del contratto per indeterminatezza dell'oggetto, a causa dell'omessa determinazione del fondo e delle porzioni di fabbricato. La Corte di appello di Venezia, adita, non solo aveva dichiarato inammissibile, in quanto nuova, la domanda, ma aveva, inoltre, osservato di non poter rilevare d'ufficio l'invalidità, essendo stata inizialmente richiesta la risoluzione. Rilevato il contrasto di giurisprudenza sul tema, la prima sezione civile aveva rimesso, con ordinanza n° 25151 del 2011, gli atti al Primo Presidente, il quale aveva assegnato la causa alle Sezioni Unite della Cassazione. Per un approfondimento sulla decisione e sul suo svolgimento, si veda V. CARBONE, *Risoluzione del contratto e rilevabilità d'ufficio della nullità*, in “*Corriere Giuridico*”, 2012, 11, pp. 1289 ss.

²²⁰In particolare, Cass. civ. Sez. III, 07.02.2011, n° 2956, in “*Contratti*”, 2011, 7, pp. 677 ss., con nota di M. Pirovano, si era schierata con l'orientamento minoritario, mentre Cass. civ. Sez. I, 27.04.2011, n° 9395, in CED Cassazione, 2011, nonché Cass. civ. Sez. III, 30.01.2012, n° 1284, in “*Giustizia Civile*”, 2012, pp. 1221 ss., avevano ribadito quello tradizionale.

risulti particolarmente interessante, poiché con essa, introduttivamente, si va a ripercorrere il lungo iter giurisprudenziale formatosi in merito alla questione della rilevabilità d'ufficio della nullità.

Ribadite le differenti posizioni, da un lato ostili al riconoscimento del potere di accertamento giudiziale al di là dell'ipotesi di un'azione di adempimento e, dall'altro, favorevoli ad una visione più ampia del suo ambito di applicazione, che si ritiene comprensivo anche delle domande di risoluzione, rescissione e annullamento, nonché le incertezze derivanti dalla radicalizzazione delle conseguenze di queste due tesi, il giudice di legittimità attesta la necessità di un intervento di composizione del contrasto.

Come anticipato, l'opzione interpretativa prescelta è di carattere intermedio, poiché, non aderendo totalmente alla visione dottrinale maggioritaria, le Sezioni Unite ammettono la rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto anche quando la richiesta originaria sia finalizzata ad ottenerne la risoluzione e non solo l'esecuzione.

Il punto di partenza di questo percorso, nella direzione di una riorganizzazione del dibattito in materia, è rappresentato da un'analisi delle specifiche motivazioni poste a fondamento dell'affermata insostenibilità della linea interpretativa maggioritaria in merito all'azione di risoluzione.

In primo luogo, tale considerazione si giustifica in ragione del fatto che la visione dominante, oltre a svilire la categoria della nullità, la cui essenza risiede nella tutela di valori fondamentali dell'ordinamento aventi carattere generale, i quali trascendono quelli del singolo, ne depotenzia il ruolo, affidatogli dall'ordinamento, consistente nell'esprimere il disvalore per l'assetto di interessi negoziale.

Una simile funzione viene rafforzata dalla previsione della rilevabilità d'ufficio, che *“salvi i casi di espressa deroga, contribuisce a definire il carattere indisponibile delle norme in tema di nullità”* (punto n° 3.2).

A ciò si deve aggiungere anche l'influenza che, immancabilmente, esercitano i principi affermati nelle decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale, nelle citate sentenze *Pannon GSM* e *Asturcom Telecomunicaciones SL*, che hanno specificamente ad oggetto le invalidità protettive, ritiene che il giudice non abbia una semplice facoltà, ma un vero e proprio obbligo di valutare autonomamente la natura abusiva di una clausola contrattuale²²¹. Pertanto, “*dalla considerazione che la giurisprudenza comunitaria attribuisce al potere-dovere di rilievo d'ufficio della nullità, risulta ancor più appropriato parlare di disagio del civilista in caso di mancato uso dei poteri officiosi*” (punto n° 3.2)²²².

A questo punto, dopo aver argomentato in negativo l'accantonamento della radicale tesi accolta dalla giurisprudenza prevalente, le Sezioni Unite, in positivo, ribadiscono, tenendo di conto dei contributi emersi dalla riflessione dottrinale in merito, le ragioni logico-giuridiche a fondamento dell'ammissibilità dell'accertamento giudiziale officioso dell'invalidità a fronte della domanda di risoluzione. In particolare, facendo leva sul fatto che quest'ultima azione, risolvendosi in un diritto potestativo all'eliminazione degli effetti del regolamento negoziale, presuppone e si origina comunque da un contratto valido ed esistente, al pari della domanda di adempimento.

²²¹L. MORETTI, *La rilevanza d'ufficio della nullità*, in “*Giurisprudenza Italiana*”, 2014, 8/9, pp. 2047 ss.

²²²Il rinvio alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, quale argomentazione a sostegno dell'interpretazione a favore di un dovere del giudice di rilievo d'ufficio della nullità, non ha suscitato l'approvazione di tutti gli autori. In particolare, tra gli altri, E. D'ALESSANDRO, *Le Sezioni unite compongono il contrasto giurisprudenziale riguardante la rilevanza ex officio della nullità del contratto nell'ambito del processo intentato per ottenerne la risoluzione. Il punto di vista del processual-civilista*, in “*Giurisprudenza Italiana*”, 2013, 4, pp. 907 ss., fa notare come i principi fissati dal giudice comunitario hanno una valenza non generale, ma, piuttosto, limitata ai rapporti tra consumatore e professionista, in un'ottica di protezione del soggetto ritenuto parte debole del rapporto contrattuale. Mentre la fattispecie originante la pronuncia delle Sezioni Unite non attiene ai rapporti tra consumatore e professionista, non riguardando, perciò, le cosiddette nullità di protezione. Per approfondimenti sul tema, si veda il paragrafo 4.2 di questo capitolo.

Conseguentemente, qualora, sulla base delle allegazioni delle parti e di quanto emerge dalle acquisizioni di causa, risulti la nullità, il giudice deve rilevarla anche d'ufficio, pena il riconoscimento di effetti ad un negozio che ne è, ontologicamente, privo²²³.

Non solo. Dato che *“la nullità del contratto è un evento impeditivo che si pone prioritariamente rispetto alla vicenda estintiva della risoluzione”* (punto n° 4), l'accertamento della sua esistenza da parte dell'autorità giudiziaria *“non conduce ad una sostituzione dell'azione proposta con altra”*, non squilibrando i rapporti tra le parti, né ampliando l'oggetto originario del giudizio. Semplicemente, con essa il giudice fa emergere un'eccezione in senso lato, per il tramite della quale viene ad essere qualificata una ineliminabile realtà del rapporto controverso.

Ciò posto, si conferma come, anche nel caso di rilievo d'ufficio di una causa di nullità del contratto del quale sia stata domandata la risoluzione, opera la funzione oppositiva del potere-dovere di cui all'articolo 1421 c.c., visto che la decisione rimane all'interno dei limiti del *petitum*²²⁴. In questo modo, superandosi definitivamente l'argomentazione della giurisprudenza maggioritaria, ostativa all'accertamento giudiziale dell'invalidità in assenza di un'azione di adempimento, fondata sulla violazione del principio della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato²²⁵.

²²³C. SCOGNAMIGLIO, *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *“Nuova Giurisprudenza civile commentata”*, 2013, 1, pp. 28 ss.

²²⁴Un'analoga funzione oppositiva della disposizione, secondo le Sezioni Unite, non è, invece, analogamente ravvisabile con chiarezza nel caso di azione di annullamento, con riferimento al quale la sentenza rimette ad una successiva verifica lo scrutinio circa la possibilità di equipararla, ai fini del regime del rilievo officioso della nullità, all'azione di risoluzione. Di questo tema, verrà dato conto nel successivo paragrafo 4.3, dedicato alle questioni rimaste aperte a seguito della pronuncia.

²²⁵Le Sezioni Unite individuano la ragione della ritrosia giurisprudenziale nella peculiare natura della norma, situata all'incrocio tra diritto sostanziale e diritto processuale. Infatti, questa caratteristica ha condotto la giurisprudenza, per il timore dell'extrapetizione, a circoscrivere l'area in cui la questione di nullità sia rilevabile, invece di approfondire il ragionamento sull'ambito della decisione conseguente al rilievo officioso della nullità.

Dopo aver indicato quale delle due interpretazioni appare preferibile, le Sezioni Unite illustrano le implicazioni processuali connesse all'aver sancito, in capo al giudice, il potere di rilevare d'ufficio la nullità del contratto anche nel corso di un giudizio di risoluzione.

Nello specifico il giudice di legittimità, nell'ottica di garantire la compatibilità tra i principi processuali e sostanziali, l'attenzione per la quale aveva portato la prevalenza delle corti ad una lettura eccessivamente restrittiva dell'articolo 1421 c.c., riconduce il potere di accertamento d'ufficio a fronte di una domanda di risoluzione all'interno della prospettiva della collaborazione tra il giudice e le parti nella determinazione della materia oggetto della controversia. Questo principio, infatti, dovrebbe costituire *“un'articolata valvola di sicurezza, capace di far emergere in ogni stato del giudizio la questione di nullità, senza pregiudizio per il principio del contraddittorio”*²²⁶. Ciò grazie alle disposizioni di cui all'articolo 183, quarto comma, c.p.c., all'articolo 101, secondo comma, c.p.c. e all'articolo 153 c.p.c., come modificati dalla legge n° 69/2009, le quali impongono all'autorità giudiziaria di stimolare il contraddittorio tra le parti sulla questione rilevabile d'ufficio, consentendo loro di svolgere tutte le attività consequenziali (ad esempio modificare la domanda proposta, formularne una nuova, allegare nuovi fatti ed avanzare nuove richieste istruttorie)²²⁷.

Perciò, qualora il giudice ometta di effettuare tale segnalazione alle

²²⁶P. LAGHEZZA, *Rilevabilità d'ufficio delle nullità del contratto: la svolta delle Sezioni Unite*, in *“Danno e Responsabilità”*, 2013, 3, pp. 273 ss.

²²⁷In particolare il giudice, ai sensi dell'articolo 183, quarto comma, c.p.c., già nella prima udienza di trattazione deve indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio delle quali ritenga opportuna la trattazione e provocato sulle stesse il contraddittorio consentire la formulazione di tutte le attività che ne siano conseguenza. Allo stesso modo, ove la questione rilevabile d'ufficio emerga in fase di riserva della decisione e sia ritenuta tale da essere posta a fondamento della stessa, il secondo comma dell'articolo 101 c.p.c. impone al giudice di assegnare alle parti un termine per memorie contenenti osservazioni sulla questione. Tale previsione, inoltre, coordinata con la norma di cui all'articolo 153 c.p.c., consente alla parte che sia incorsa in decadenze ad essa non imputabili di essere rimessa in termini per svolgere tutte le attività consequenziali.

parti, viene ad integrarsi una violazione del dovere di collaborazione, la quale determina la nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti.

Una simile ricostruzione ha, ovviamente, effetti non trascurabili quanto al giudicato e il giudice di legittimità predispose un elenco dettagliato delle varie situazioni che possono verificarsi.

Nell'ipotesi in cui, pur in presenza di un avviso in merito all'accertamento dell'esistenza di una questione di nullità del contratto, non sia stata formulata una domanda corrispondente, il rilievo dell'invalidità da parte dell'organo giudiziario determinerà soltanto il rigetto della originaria richiesta di risoluzione, con un accertamento meramente incidentale, inidoneo a produrre effetto di giudicato. Diversamente avverrà nel caso in cui le parti, stimolate il loro contraddittorio, formulino una domanda di accertamento, poiché in tal caso la decisione sul punto diverrà definitiva, se non impugnata.

Qualora, invece, il giudice non abbia proceduto al rilievo della nullità, la sua denuncia in appello, accompagnata dall'indicazione delle attività processuali che la parte avrebbe potuto porre in essere, impone al giudice di rimettere in termini l'appellante, in applicazione del disposto di cui all'articolo 354, quarto comma, c.p.c.²²⁸, consentendogli lo svolgimento di tutte quelle attività che questi non è stato posto in grado di espletare nel giudizio di primo grado.

Infine, si ammette il formarsi di un giudicato implicito tutte le volte in cui la causa relativa alla risoluzione è stata decisa nel merito, con esclusione delle sole decisioni non contenenti statuizioni tali da implicare l'affermazione della validità del contratto.

²²⁸Il quale recita che “*se il giudice d'appello dichiara la nullità di altri atti compiuti in primo grado, ne ordina, in quanto possibile, la rinnovazione a norma dell'articolo 356 c.p.c.*”.

4.2 I problemi rimasti aperti: la rilevabilità d'ufficio della nullità di pieno diritto a fronte di una domanda di rescissione o di annullamento e della nullità di protezione

Con la sentenza n° 14828/2012 le Sezioni Unite compiono un primo passo avanti nella direzione della soluzione del contrasto dottrinale e giurisprudenziale sorto relativamente alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto, riconoscendo tale potere in capo al giudice al quale è stata presentata domanda di risoluzione, purché l'invalidità risulti dai fatti allegati e provati, o comunque emergenti “*ex actis*”.

Questa decisione, però, lascia aperte ulteriori questioni interpretative, sulle quali si sono concentrate le critiche di una parte consistente della dottrina, che si è spinta fino a parlare di una pronuncia contraddistinta da un approccio “*timido*” e corredata sia di rilievi “*oscuri*”, che di notazioni “*meno facilmente comprensibili*”²²⁹.

Molto dibattuta è stata, in particolare, l'esclusione della possibilità di esercizio della prerogativa di accertamento giudiziale d'ufficio a fronte non solo di domande di rescissione e annullamento, ma anche di fattispecie di nullità speciali. Nella sentenza, infatti, si legge che “*la rilevazione incidentale della nullità è doverosa nel caso di azione per l'esecuzione o la risoluzione del contratto, ma non nel caso in cui siano allegati altri vizi genetici, come avviene nell'azione di annullamento*” e che “*il giudice di merito ha il potere di rilevare, dai fatti allegati e provati o emergenti ex actis, ogni forma di nullità non soggetta a regime speciale*”.

Anzitutto, sono state manifestate alcune perplessità in merito

²²⁹M. FARINA, *Brevi osservazioni “a caldo” sull’atteso (ma tutto sommato, solo parziale) responso delle Sezioni Unite sui limiti della rilevabilità officiosa della nullità del contratto*, in www.judicium.it, 2012, 4.

all'affermata inammissibilità di un'equiparazione di trattamento tra le azioni di impugnativa negoziale, in relazione al tema dell'accertamento d'ufficio della nullità e, specificamente, alla scelta delle Sezioni Unite di rinviare ad un momento successivo la risoluzione del problema. Invero, logica conseguenza della manifestata ritrosia per l'estensione, anche all'azione di annullamento, nonché per quella di rescissione, della ricostruzione fornita per quella di risoluzione, sarebbe dovuta essere una motivazione chiarificatrice, in maniera definitiva, delle distinzioni intercorrenti tra tali domande, giustificative di un simile regime²³⁰. Mentre, in realtà, il giudice di legittimità si è limitato ad affermare, a livello di *obiter dictum* e senza specifica argomentazione sul punto, che “*andrà a suo tempo verificato se sussistano i presupposti per questa equiparazione*” (punto n°4).

A ciò si aggiungano i dubbi riguardanti le ragioni poste a fondamento di questa scelta, le quali riprendono la posizione di quella parte minoritaria della dottrina che fa leva sul fatto che, a differenza di quanto avviene nell'ipotesi di risoluzione, l'eventuale accoglimento di una domanda di rescissione o di annullamento non presupporrebbe né l'efficacia vincolante, né la validità del contratto, essendo essa, pur sempre, di invalidazione e per vizi genetici²³¹. Pertanto, secondo questa impostazione, accolta dalle Sezioni Unite, nell'ambito di tali azioni, non ponendosi la necessità di accertare pregiudizialmente l'originaria produttività di effetti dell'atto, non ci sarebbero le condizioni per dare ingresso ad un potere di rilevare d'ufficio la nullità, diretto ad evitare che venga data esecuzione ad un regolamento negoziale riprovato dall'ordinamento perché vietato²³².

Nondimeno, questa ricostruzione non è condivisa nella dottrina,

²³⁰*Ibidem*, 2012

²³¹S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: “Eppur si muove”?*, in “*Contratti*”, 2012, 11, pp. 869 ss.

²³²M. RIZZUTI, *Il problema dei limiti alla rilevabilità officiosa della nullità*, in “*Giurisprudenza Italiana*”, 2013, 2, pp. 300 ss.

poiché, come precedentemente già affrontato²³³, la visione predominante è nel senso di riconoscere che anche nell'ambito delle domande di rescissione e di annullamento viene a premettersi la validità del contratto.

Ulteriori incertezze sono, poi, emerse relativamente alla espressa esclusione della rilevabilità d'ufficio per le nullità “soggette a regime speciale”, tra le quali rientrano quelle cosiddette di protezione.

Le Sezioni Unite, infatti, hanno adottato una soluzione carente di una motivazione adeguata, poiché, a giustificazione di questa scelta, peraltro menzionata specificamente solo nella massima conclusiva, hanno fatto riferimento frettolosamente ad una presunta differenza, intercorrente tra le nullità codicistiche e quelle speciali, determinata dal fatto che per queste ultime è dettato “*un regime speciale [...] in cui il rilievo del vizio genetico è espressamente rimesso alla volontà della parte*” (punto n° 3.3). In questo modo, si ammette che tali forme di invalidità protettive non siano assoggettabili alla regola di cui all'articolo 1421 c.c. non in quanto ontologicamente diverse da quelle di pieno diritto, ma in quanto disciplinate dal diritto speciale, che riconosce, quale loro caratteristica peculiare, la legittimazione relativa a farle valere in capo al solo contraente tutelato.

Dunque, si realizza una sorta di inversione metodologica nell'ordine delle argomentazioni, poiché, invece che addurre la naturale difformità delle nullità di protezione rispetto a quelle codicistiche per sostenere l'esclusiva sottoposizione delle prime ad una normativa diversa da quella comune, il giudice di legittimità parte dal presupposto che l'inapplicabilità della disciplina generale si giustifica in ragione del fatto che tali rimedi protettivi sono di diritto speciale²³⁴.

²³³Si veda in particolare il paragrafo 2.4, dedicato alla disamina della posizione della dottrina maggioritaria sul tema dei limiti della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato alla rilevabilità d'ufficio delle nullità di diritto comune, al quale si rinvia.

²³⁴D. RUSSO, *Nullità speciali e rilievo d'ufficio*, in “*PQM*”, 2013, 3, pp. 20 ss.

Tuttavia, la mancanza di un idoneo supporto motivazionale non è l'unico elemento problematico della decisione che è stato fatto valere dalla dottrina. Invero, in questo senso, è stata evidenziata anche l'insostenibilità dei presupposti teorici posti a fondamento dell'affermata inammissibilità del rilievo d'ufficio delle nullità speciali in quanto relative. Essi, infatti, si reggerebbero sull'idea che la disciplina prevista nell'articolo 1421 c.c. possa applicarsi solamente alle nullità assolute, cioè rilevabili da chiunque ne ha interesse, in quanto deputate alla tutela di interessi generali e valori fondamentali, trascendenti quelli del singolo. Di conseguenza, poiché le invalidità speciali sono caratterizzate dall'azionabilità ad esclusiva iniziativa della parte debole del rapporto contrattuale, si ritiene che esse sarebbero finalizzate a proteggere posizioni meramente individuali e, per questo, non se ne potrebbe rimettere l'accertamento all'autonomia del giudice²³⁵.

Un simile scenario, secondo la maggior parte degli autori, è, in realtà, da accantonare, non solo perché non è ricavabile dalla formulazione dell'articolo 1421 c.c. la volontà legislativa di stabilire un imprescindibile collegamento tra il rilievo d'ufficio e il carattere assoluto della legittimazione all'azione, ma anche in considerazione della funzione riequilibratrice delle asimmetrie delle posizioni contrattuali tra le parti, cui le nullità protettive sono dirette, che l'intervento giudiziale determina. Il che è confermato anche dalle posizioni assunte dalla Corte di Giustizia, la quale, stabilendo la sussistenza di un vero e proprio obbligo di accertamento ufficioso dell'invalidità di protezione gravante sul giudice, conferma come tale prerogativa sia assolutamente necessaria per garantire l'effettività della tutela perseguita.

A ciò si aggiunge il rilievo per cui anche le nullità “speciali” sarebbero, comunque, orientate alla tutela di interessi generali, posta l'afferenza

²³⁵*Ibidem*, 2013

delle posizioni del contraente debole, tutelato, all'ordine pubblico di protezione e ai principi costituzionali e comunitari finalizzati a garantire l'integrità ed efficienza del mercato.

Conclusivamente, merita una brevissima riflessione la criticabile scelta delle Sezioni Unite di fare riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia per giustificare l'estensione della rilevabilità d'ufficio delle nullità di pieno diritto anche a fronte di una domanda di risoluzione.

Risulta, infatti, paradossale l'argomentazione del giudice di legittimità, il quale, dopo aver escluso l'applicabilità della regola di cui all'articolo 1421 c.c. alle invalidità speciali, per confermare la doverosità di un simile accertamento a fronte di una richiesta di risoluzione, richiama le statuizioni dell'organo sovranazionale, che attestano l'obbligatorietà dell'intervento giudiziale con riguardo proprio a quei rimedi pensati a tutela del consumatore.

4.3 L'approdo interpretativo delle Sezioni Unite: le sentenze n° 26242 e 26243 del 2014

La complessità e l'importanza delle questioni che la decisione del 2012 ha lasciato aperte hanno fatto sì, com'era prevedibile, che, a brevissima distanza da tale pronuncia, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione siano state di nuovo chiamate a pronunciarsi relativamente alla spinosa questione dell'ambito di operatività della rilevazione officiosa delle nullità²³⁶.

Ciò è avvenuto, in particolare, con le sentenze n° 26242 e 26243, entrambe pronunciate il 12 dicembre 2014, per il tramite delle quali il

²³⁶S. PAGLIANTINI, *A proposito dell'ordinanza interlocutoria 21803/2012 e dintorni: rilievo d'ufficio della nullità all'ultimo atto?*, in "Corriere Giuridico", 2013, 2, pp. 174 ss.

giudice di legittimità ha dato una risposta alle problematiche sollevate, rispettivamente, dalle ordinanze di rimessione n° 16630 del 3 luglio 2013²³⁷ e n° 21083 del 27 novembre 2012²³⁸.

Mentre con il primo di questi provvedimenti interlocutori si chiedeva di chiarire se fosse possibile ammettere l'esercizio del potere di rilievo d'ufficio del giudice non solo a fronte di una domanda di adempimento o di risoluzione, ma anche qualora fosse stato chiesto l'annullamento del contratto, con il secondo si mirava, invece, ad ottenere una determinazione più precisa delle condizioni per la formazione e l'estensione dell'efficacia del cosiddetto "giudicato implicito esterno".

²³⁷La controversia che porta all'ordinanza di rimessione n° 16630/2013 e, così, alla pronuncia delle Sezioni Unite n° 26242/2014, ha ad oggetto una domanda di accertamento della nullità di un contratto di rendita vitalizia, con cui una parte aveva trasferito all'altra la nuda proprietà di un immobile in cambio di un vitalizio, ed una domanda di analogo contenuto proposta in relazione al contratto con cui l'acquirente del predetto immobile ne aveva, a sua volta, trasferito la nuda proprietà ad un terzo. Il Tribunale di Padova, accogliendo la domanda, aveva dichiarato la nullità di entrambi i contratti e la Corte di appello di Venezia, successivamente adita, aveva sostanzialmente confermato la pronuncia. La Corte di Cassazione, cui il terzo subacquirente aveva proposto ricorso, aveva annullato con rinvio la decisione di secondo grado, per l'omessa pronuncia sul motivo d'appello, con cui si censurava l'errore compiuto dalla prima sentenza con la dichiarazione di nullità. Il giudizio venne, quindi, riassunto dinanzi alla designata Corte di Brescia, la quale respinse nuovamente l'appello della parte soccombente nel giudizio di primo grado. Quest'ultima propose, allora, ricorso per Cassazione, denunciando l'illegittimità della sentenza impugnata, perché ritenuta in contraddizione con una precedente pronuncia irrevocabile del Tribunale di Padova, che aveva rigettato una domanda di risoluzione di quello stesso contratto di rendita vitalizia e che, secondo la tesi del ricorrente, avrebbe dato luogo alla formazione di un giudicato implicito esterno sulla validità del contratto. Si veda N. RIZZO, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*, in "Nuova Giurisprudenza civile commentata", 2015, 4, pp. 315 ss.

²³⁸Il caso da cui trae origine l'ordinanza di rimessione n° 21083/2012 e, per questa via, la sentenza delle Sezioni Unite n° 26243 del 2014, riguarda un lodo arbitrale irrituale e di equità transattiva, impugnato da una delle parti con la richiesta di accertarne la nullità o di pronunciarne l'annullamento, ovvero di riesaminarne nel merito le statuizioni. Poiché il tribunale di Rimini aveva rigettato la domanda di nullità e quella, subordinata, di annullamento del lodo irrituale, l'attore aveva proposto appello, facendo valere la nullità del lodo per una causa diversa da quella dedotta nel processo di primo grado. La Corte d'appello di Bologna, adita, aveva rigettato le censure proposte dall'appellante, argomentando, da un lato, che la cognizione sulla nullità del contratto si esplica in rapporto alla sola causa della patologia individuata dalla parte, e dall'altro che il giudice può anche annullare, rescindere o risolvere un contratto nullo, o rigettare le relative domande, senza rilevare d'ufficio la sussistenza della nullità del negozio per una causa diversa da quella fatta valere dalla parte. Contro questa sentenza l'appellante soccombente aveva proposto ricorso per Cassazione, N. RIZZO, op. cit., 2015.

Queste decisioni, che verranno qui trattate contestualmente, in quanto condividono la stessa motivazione, in linea di principio completano e concludono il ragionamento sviluppato dalle Sezioni Unite nella pronuncia del 2012, ponendo un, necessario, punto fermo su una materia il dibattito relativo alla quale non risultava affatto sopito dalla posizione intermedia precedentemente assunta.

Nell'incipit della motivazione il giudice di legittimità si sofferma preliminarmente su una questione di carattere generale, la cui trattazione consente di porre delle solide basi argomentative a sostegno delle successive affermazioni in merito alla rilevabilità officiosa da parte del giudice.

Nello specifico, le Sezioni Unite riconoscono che la peculiare disciplina predisposta per la fattispecie della nullità, comprensiva anche del potere di accertamento giudiziale d'ufficio, si giustifica in considerazione della funzione di tutela di interessi generali dell'ordinamento che il legislatore le attribuisce. In questo modo si è voluto sanzionare, per il tramite di uno strumento che determina l'invalidità assoluta del negozio, nonché la sua inidoneità a produrre effetti, il mancato rispetto delle norme fondamentali della disciplina contrattuale, le quali non sono esclusivamente finalizzate alla tutela dei singoli contraenti, avendo esse anche l'obiettivo di garantire l'ordinato svolgersi della vita economica.

Peraltro, il giudice di legittimità ammette che non possa ragionarsi in maniera differente per le nullità di matrice comunitaria, tra le quali spiccano quelle disciplinate dal codice del consumo, che proteggono sia l'interesse individuale dell'appartenente ad una determinata categoria socioeconomica, che quello collettivo, identificato con un mercato aperto a nuovi attori e ad utenti maggiormente consapevoli²³⁹. Conseguentemente, la natura sovra individuale dei valori comunque

²³⁹N. RIZZO, *Accertamento della nullità e azioni di impugnazione del contratto*, in "Diritto civile contemporaneo", 15 marzo 2015

tutelati da tali ultime forme di invalidità non viene compromessa dalla riserva di legittimazione a farla valere, riconosciuta in capo alla parte debole del rapporto contrattuale. E, pertanto, questi rimedi non potrebbero qualificarsi come delle ipotesi di “annullabilità rinforzata”, ma sarebbero pur sempre delle vere e proprie nullità, che, pur essendo calibrate “*sull'assetto di interessi concreti, con finalità essenzialmente confermativa del regolamento contrattuale*”, non sarebbero, per questo, “*meno tese alla tutela di interessi e di valori fondamentali, che trascendono quelli del singolo*” (punto n° 3.13.2).

Con queste riflessioni viene fissato un primo, fondamentale, principio, in virtù del quale si riconosce che il ruolo attribuito alla categoria della nullità costituisce il criterio unificante delle diverse fattispecie ad essa riconducibili. Adottando una visione in contrasto con quella propria di alcune interpretazioni precedenti, orientate a riconoscere l'avvenuta frammentazione del rimedio a seguito dell'introduzione di invalidità europee, le Sezioni Unite riaffermano, perciò, la necessità di concepire la figura della nullità in maniera unitaria²⁴⁰.

Ciò consente al giudice di legittimità di arrivare a trattare un tema rimasto problematicamente irrisolto dalla precedente sentenza del 2012, ovvero quello della rilevabilità d'ufficio delle invalidità cosiddette speciali²⁴¹, arrivando ad una soluzione significativamente e condivisibilmente diversa.

Infatti, l'aver riconosciuto la sussistenza di uno statuto organico della nullità, che non ammette la possibilità di distinguere al suo interno tra rimedi di diritto comune e quelli di diritto sovranazionale, comporta,

²⁴⁰R. FORNASARI, *Il rilievo officioso della nullità: un presidio a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento*, in “*Danno e Responsabilità*”, 2015, 6, pp. 592 ss.

²⁴¹Anche se, come precisa lo stesso giudice di legittimità, “*non va dimenticato che queste (Sezioni Unite) non erano state illo tempore chiamate a pronunciarsi su di una generale reimpostazione del sistema delle nullità speciali (sistema che, comunque, sembrerebbe più adatto ad una valutazione caso per caso, attesa la molteplicità delle ipotesi di nullità relativa offerte dal dato normativo, in relazione al diverso aspetto funzionale di ciascuna norma)*”.

quale principale conseguenza, l'estensione della regola dell'accertamento giudiziale officioso anche a quelli aventi carattere protettivo. In altre parole, le Sezioni Unite, sulla scorta delle posizioni adottate dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ammettono che il rilievo d'ufficio operato dal giudice si configuri anche nell'ambito delle invalidità di protezione, le quali rappresentano pur sempre delle vere e proprie nullità, tenuto conto del fatto che *“la tutela seriale dei consumatori è prima di tutta una forma di protezione delle corrette regole di funzionamento del mercato”*²⁴². Con l'unico limite costituito dalla necessità che tale prerogativa operi nell'esclusivo interesse del contraente debole, in quanto unico soggetto legittimato a proporre l'azione di nullità, al fine di evitare che la controparte forte possa sollecitare i poteri officiosi dell'autorità giudiziaria per perseguire una finalità sua propria, destinata a rimanere fuori dall'orbita della tutela.

Nella stessa direzione, il giudice di legittimità si discosta dalle conclusioni cui era giunto poco più di due anni prima in merito all'esclusione della rilevabilità della nullità al di fuori della proposizione di una domanda di adempimento o di risoluzione del contratto, arrivando ad autorizzare la spendita di una simile prerogativa giudiziale anche a fronte di un'azione di rescissione o di annullamento. Afferma la Corte, in particolare, che *“ogni ipotesi di limitazione posta alla rilevabilità officiosa della nullità deve, pertanto, essere definitivamente espunta dall'attuale sistema processuale con riguardo a tutte le azioni di impugnativa negoziale”* (punto n° 6.10).

In questa direzione, le Sezioni Unite partono dall'assunto secondo il quale, posto che la questione della validità del contratto si trova sullo sfondo di ogni tipo di impugnativa negoziale e non soltanto dell'azione di risoluzione, *“l'interessato non potrebbe azionare una singola*

²⁴²S. PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in *“Contratti”*, 2015, 2, pp. 113 ss.

*impugnativa negoziale senza con ciò mettere in gioco il vincolo contrattuale nella sua interezza, dovendosi comunque accertare, non una singola questione giuridica (la singola impugnativa), bensì l'esistenza o meno di quel rapporto*²⁴³.

Determinante ai fini dell'ammissibilità del rilievo d'ufficio dell'autorità giudiziaria è, quindi, il riconoscimento dell'omogeneità funzionale di tali azioni impugnatorie²⁴⁴, fondato sul presupposto della loro incompatibilità con la dimensione della nullità contrattuale, che per il giudice di legittimità caratterizza *"tanto negozi invalidi, ma temporaneamente efficaci"*, come il contratto annullabile e quello rescindibile, *"quanto negozi validi ed inizialmente efficaci, ma vulnerati nella dimensione funzionale del sinallagma"*, quali il contratto risolubile, quello destinato allo scioglimento ex art. 72 L. fall., ovvero allo scioglimento per mutuo dissenso (punto n° 6.10.2).

Perciò, considerando che la nullità è comminata per l'utilità generale e che le azioni di impugnativa implicano una qualche efficacia del rapporto negoziale, si ritiene che l'accertamento ufficioso dell'invalidità debba essere sicuramente ammesso, rientrando nell'interesse dell'ordinamento che un contratto affetto da nullità non produca effetti, neppure menomati, né tra coloro che ne sono parte né rispetto ai terzi.

²⁴³M. BOVE, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, in *"Giurisprudenza Italiana"*, 2015, 6, pp. 1387 ss.

²⁴⁴Sebbene anche la stessa Corte di Cassazione ne riconosca le diversità strutturali, che le distinguono sul piano sostanziale: infatti, mentre *"adempimento e risoluzione postulano l'esistenza di un atto morfologicamente valido, di cui si discute soltanto quoad effecta, rescissione e annullamento presuppongono una invalidità strutturale dell'atto, pur tuttavia temporaneamente efficace"* (punto n° 6.11).

4.4 La differenza tra rilevazione e dichiarazione della nullità e il tema del giudicato

Da quanto precisato nel paragrafo di cui sopra, risulta chiaro che la posizione fatta propria dalle Sezioni Unite nelle due sentenze gemelle della fine del 2014 sintetizzi una svolta interpretativa rispetto a quella che era stata la visione largamente dominante in giurisprudenza, finanche nella pronuncia del 2012, relativamente al tema della rilevabilità d'ufficio della nullità. Invero, con tale decisione si tenta in qualche modo di arrivare ad una conclusione definitiva del lungo e complesso dibattito in materia, autorizzando espressamente la spendita di tale potere da parte dell'autorità giudiziaria sia a fronte di una domanda di adempimento, che di qualsiasi altra azione di impugnazione contrattuale e anche al fine dell'accertamento della sussistenza di una invalidità protettiva, di matrice europea.

Il giudice di legittimità, però, non si limita semplicemente a risolvere le problematiche rimaste aperte dalla precedente sentenza, qui rapidamente ricapitolate, completando il percorso da questa iniziato, ma si spinge oltre, aggiungendo al quadro delineato ulteriori precisazioni, anch'esse innovative, le quali, per quel che qui ci interessa, hanno specificamente ad oggetto la distinzione tra rilevazione e dichiarazione della nullità e il tema connesso del giudicato.

Il primo, importante, punto fermo che le Sezioni Unite fissano nelle pronunce del 2014 consiste nella rielaborazione della differenziazione intercorrente tra il concetto di rilevazione e quello di dichiarazione dell'invalidità da parte dell'autorità giudiziaria.

Tale diversità concettuale non era sconosciuta alla dottrina e alla giurisprudenza anteriori.

Tradizionalmente, infatti, alla rilevazione, concernente nella sottoposizione alle parti, ad opera del giudice, della questione della possibile nullità del contratto, la quale, eventualmente rivelatasi fondata e in mancanza di una richiesta di accertamento incidentale in merito, determinava il conseguente rigetto della domanda attorea, si contrapponeva la dichiarazione *ex professo* dell'invalidità, previo accertamento non incidentale della stessa e con piena efficacia di giudicato, che poteva aversi solo a fronte della formulazione di apposita domanda di parte in tal senso²⁴⁵.

Tuttavia ad essa il giudice di legittimità sembra riconoscere un significato nuovo ed originale: l'attività di rilevazione consiste sempre nella presentazione ai contraenti del vizio, ma qui si ferma, non rientrandovi più il mancato accoglimento della domanda a motivo di nullità, il quale, per contro, viene ricompreso nell'ambito dell'attività di dichiarazione. Il che è espressamente affermato nelle decisioni in commento, all'interno delle quali si afferma che *“la rilevazione [...] della nullità ex art. 1421 deve più propriamente intendersi come limitata all'attività di rilevazione/indicazione alle parti, ad opera del giudice”*, mentre *“la dichiarazione della nullità va conseguentemente intesa come pronuncia (previo accertamento) del rilevato vizio di invalidità, accertamento contenuto nella motivazione e/o nel dispositivo della sentenza”* (punto n° 3.15).

Questo rinnovato modo di impostare i rapporti tra tali attività ha quale conseguenza l'affermazione della sussistenza di un vero e proprio obbligo del giudice di rilevare d'ufficio una causa di nullità negoziale, sia essa di diritto comune o di protezione, ogni qualvolta l'azione introdotta presupponga l'utilizzo come valido di un contratto che, in realtà, non lo è. Al quale, però, si ritiene che non consegua necessariamente un analogo dovere di dichiarazione dell'invalidità, intesa come pronuncia, previo accertamento, del vizio contenuto nella

²⁴⁵C. CONSOLO-F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *“Corriere Giuridico”*, 2015, 2, pp. 225 ss.

motivazione e/o nel dispositivo. Difatti, essa non risulta inevitabile per l'autorità giudiziaria non solo nell'ipotesi di rimedi protettivi, ma anche tutte le volte in cui si scelga di definire il giudizio per una via più celere²⁴⁶ o ci si avveda che la nullità è risultata insussistente nel corso della causa²⁴⁷. In questo senso, non potendo “*convenirsi tout court con quella pur autorevole dottrina che costruisce la rilevazione come «sempre e comunque funzionale allo svolgimento di un'attività indirizzata ad una conseguente pronuncia»*” (punto n° 3.15).

Dunque, mentre la rilevazione “*è ritenuta in linea di principio obbligatoria, obbligatoria la «dichiarazione» non lo sarà mai, potendo il giudice optare per una pronuncia fondata sulla ragione più liquida di rigetto della domanda, in forza dei principi di speditezza, economia e celerità delle decisioni, oppure più semplicemente escludere l'invalidità, re melius perpensa, alla luce dell'istruttoria svolta*”²⁴⁸.

Dopo questa precisazione, le Sezioni Unite si preoccupano di delineare il quadro delle possibili situazioni emergenti dall'accertata presenza di una fattispecie di nullità nel contratto controverso. Con ciò, affrontando anche l'altro tema, sul quale queste erano state chiamate a pronunciarsi dall'ordinanza di rimessione n° 16630/2013 a seguito delle numerose perplessità che la soluzione prospettata nella decisione del 2012 aveva sollevato, concernente la formazione del giudicato sulla questione.

Prima di addentrarsi nella disamina di questa importante e dibattutissima questione, la quale, però, ai fini che qui interessano, verrà trattata brevemente, si rende necessaria una premessa. Nonostante l'ampliamento del potere di rilievo d'ufficio del giudice

²⁴⁶È il caso delle decisioni fondate sulla cosiddetta “ragione più liquida”, delle quali ci occuperemo nel prosieguo del paragrafo.

²⁴⁷F. RUSSO, *La rilevabilità d'ufficio delle nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite (note in margine a Cass. sez. un. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014)*, in “*Diritto civile contemporaneo*”, 15 marzo 2015

²⁴⁸I. PAGNI, *Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in “*Giurisprudenza Italiana*”, 2015, 1, pp. 71 ss.

della nullità, riconosciuto sia quella di diritto comune, che di protezione, ed indipendentemente dalla natura della domanda promossa dalla parte nel giudizio, rimane fermo il limite processuale del contraddittorio, in virtù del quale l'autorità giudiziaria ha l'obbligo di sottoporre la questione accertata autonomamente al contraddittorio delle parti, pena la nullità della relativa sentenza. Non a caso, è lo stesso giudice di legittimità a riconoscere, riprendendo le argomentazioni addotte nella sentenza n° 14828/2012, la sussistenza di un “*obbligo del giudice di provocare il contraddittorio sulle questioni rilevabili d'ufficio per tutto il corso del processo*”, il quale “*trova il suo diacronico fondamento normativo nel combinato disposto delle norme di cui all'art. 183 c.p.c. , comma 4, art. 101 c.p.c. , comma 2, art. 111 Cost.*” (punto n° 5.10).

Conseguentemente, ogni volta che l'autorità giudiziaria rileva, dai fatti allegati e dalla documentazione prodotta, la nullità del contratto sottoposto alla sua attenzione, ha l'obbligo di informarne le parti, stimolandone il contraddittorio, per consentire loro di metterne in discussione la fondatezza, oltre che di chiederne al giudice il vaglio con una pronuncia idonea al giudicato.

Posto questo, si tratta di valutare le diverse ipotesi che possono configurarsi a seguito del rilievo del giudice dell'invalidità, differenziando non solo tra nullità di pieno diritto e nullità di protezione, ma anche in base alle reazioni delle parti a tale iniziativa.

In primo luogo, è possibile che i contraenti, ai quali è stata indicata la possibile presenza di un vizio nel regolamento contrattuale che li coinvolge, propongano, in via principale o incidentale, domanda di accertamento della nullità. In tal caso, secondo il giudice di legittimità, sia nel caso in cui l'autorità giudiziaria ritenga effettivamente sussistente l'invalidità originariamente valutata, sia qualora, invece, l'accertamento sul vizio sia negativo, vi sarà una dichiarazione

contenuta nel dispositivo della sentenza, avente effetto di giudicato, in assenza di impugnazione, rispettivamente in merito alla nullità o alla non-nullità del contratto.

In caso contrario, in mancanza di un'iniziativa delle parti finalizzata ad ottenere l'accertamento dell'invalidità, ovvero nell'ipotesi in cui esse persistano nelle proprie domande iniziali, se il giudice ritiene effettivamente sussistente la patologia ipotizzata, la dichiara nella motivazione della sentenza, con idoneità della stessa al giudicato. Qualora, invece, nel corso del processo, all'esito delle allegazioni e delle prove offerte, l'autorità giudiziaria si convinca che la nullità in origine rilevata era in realtà insussistente e dunque non poteva essere dichiarata, accoglie la domanda originaria, con il conseguente formarsi di un giudicato implicito sulla non-nullità del contratto²⁴⁹.

Tuttavia, non si può arrivare ad analoghe conclusioni nel caso in cui vengano in considerazione le nullità speciali, cosiddette di protezione, rispetto alle quali la funzionalizzazione alla tutela degli interessi di una sola parte del rapporto, quella in posizione di debolezza, condiziona i poteri di dichiarazione del giudice.

Ciò, nello specifico, avviene quando, a seguito della rilevazione ufficiosa, le parti non propongono domanda di accertamento, mantenendo ferme le proprie richieste originarie, poiché le Sezioni Unite escludono che l'autorità giudiziaria abbia la possibilità di dichiarare l'invalidità, potendo essa solamente pronunciarsi in termini di rigetto o di accoglimento. Non essendoci un accertamento della nullità speciale nella sentenza, pertanto, *“non si pone alcun problema*

²⁴⁹Di conseguenza, sarà interdetta alle parti la proposizione di un'azione di nullità in un successivo processo: osservano le Sezioni Unite che, non avendo sfruttato la possibilità di agire nel precedente contesto, proporre una domanda di nullità in un nuovo giudizio significherebbe venire *contra factum proprium*, ponendo, perciò, in essere una condotta di abuso del diritto, sulla cui contrarietà all'ordinamento ormai non sarebbe più ammesso nutrire dubbi, per effetto della norma di cui all'articolo 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che ne avrebbe sancito la rilevanza costituzionale anche nel nostro ordinamento giuridico.

di giudicato, attesa la peculiare natura della nullità”(punto n° 7.3)²⁵⁰.

Per concludere, non può prescindersi dal considerare l'ipotesi in cui il giudice, a monte, non proceda alla rilevazione d'ufficio, né, conseguentemente, alla dichiarazione della nullità.

In tal caso, qualora il giudizio si sia concluso con una pronuncia di accoglimento della domanda proposta, si forma, senza inconvenienti, un giudicato implicito sulla validità del negozio. Nell'ipotesi in cui, invece, il giudice abbia rigettato la richiesta avanzata dalle parti, le Sezioni Unite distinguono tra la situazione nella quale la motivazione della sentenza si pronunci in modo non equivoco relativamente alla validità del contratto e quella in cui la decisione sul rigetto sia avvenuta per la cosiddetta “ragione più liquida”²⁵¹.

A differenza di quanto avviene nel primo caso, si ritiene che in quest'ultima alternativa non si formi alcun giudicato implicito di non nullità²⁵², posto che in tale evenienza il giudice, per ragioni di celerità processuale, non esamina affatto la validità del negozio, fondando la deliberazione su una questione di pronta decisione che definisce il giudizio²⁵³.

²⁵⁰Sul punto, critici sono C. CONSOLO- F. GODIO, op. cit., 2015, i quali ritengono che questa ricostruzione, pur apparendo coerente col sistema, considerando che la sentenza “ignora” la nullità non perché l'ha esclusa, ma perché la parte legittimata non l'ha voluta sentire dichiarare, lascia, però, impregiudicata la nullità di protezione solo significata alle parti. In questo modo, urtando “*non poco con la volontà, più volte a chiare lettere ribadita ancor oggi dalle Sez. Un., che della nullità del negozio si discuta tra le parti (tendenzialmente) una volta soltanto. Senza considerare poi che così la nullità, ancorché di protezione, verrebbe non poco asservita non solo e non tanto alle scelte strategico-difensive della parte «debole», quanto alla diligenza del suo difensore*”.

²⁵¹A tale proposito, le Sezioni Unite fanno esemplificativamente riferimento alla prescrizione del diritto azionato, all'adempimento, alla palese non gravità dell'inadempimento, all'ecceppita compensazione legale.

²⁵²N. RIZZO, op. cit., 2015

²⁵³Quello della cosiddetta “ragione più liquida” è un principio secondo il quale si ammette che il giudice, per raggiungere l'obiettivo, di rango costituzionale, sancito all'articolo 111 Cost., della ragionevole durata del processo, possa ignorare una questione pregiudiziale per esaminarne una di merito, se così facendo la controversia possa giungere ad una più rapida definizione. Pertanto, la ricorrenza di una di queste fattispecie porta il giudice a respingere senza indugio la domanda proposta, non ponendosi la questione della possibile nullità del

5. Conclusioni

Le Sezioni Unite, a conclusione del lungo e travagliato percorso in merito alla rilevabilità d'ufficio della nullità, approdano ad una soluzione interpretativa in virtù della quale tale prerogativa giudiziale è considerata il *proprium* di tutte le invalidità, comprese quelle cosiddette protettive, di matrice comunitaria. In questa direzione, le perplessità avanzate dalla dottrina relativamente alla compatibilità tra l'iniziativa dell'autorità giudiziaria e la legittimazione all'azione riservata, vengono superate dal giudice di legittimità non tanto ridefinendo la portata dell'articolo 1421 c.c., quanto, piuttosto, mutuando la posizione assunta dalla Corte di Giustizia, specialmente nella sentenza *Pannon GSM*, nell'ambito della quale la nullità di protezione si configura quale fattispecie rilevabile ex officio, salva opposizione della parte debole tutelata.

Ciò, indubbiamente, costituisce “*una significativa conferma di come proprio dal versante dei rimedi, e segnatamente con riguardo alla cd nullità di protezione, il diritto di fonte europea abbia più intensamente scompaginato il quadro sistematico solidamente presente nei diritti interni, specie quelli di civil law*”²⁵⁴.

Allo stesso tempo, però, secondo una visione che ritengo di condividere, non può negarsi che la ricostruzione da ultimo prospettata dalla Corte di Cassazione sembri spingersi oltre la direttrice segnata dalla giurisprudenza comunitaria. In essa, infatti, la configurabilità di un'ipotesi di nullità al contempo riservata e accertabile ad iniziativa giudiziale verrebbe ad essere garantita per il tramite di una scomposizione del ruolo del giudice, il quale, pur essendo obbligato a

contratto.

²⁵⁴R. ALESSI, op. cit., 2014

rilevare il vizio, sarebbe impossibilitato a dichiararlo qualora la parte interessata proseguisse nelle sue richieste originarie, chiedendo una decisione nel merito della causa. Il che non sarebbe in linea con quanto affermato dalla Corte di Giustizia, per la quale l'interesse della parte, contrario alla declaratoria di invalidità, semplicemente fornirebbe all'autorità giudiziaria degli elementi sui quali impostare la propria valutazione, ma non sarebbe idoneo a paralizzarne il dovere di dichiarazione.

In altri termini, secondo l'interpretazione fornita dal giudice comunitario, la necessità di tenere conto della posizione del consumatore *“non reclama uno spazio tra rilevazione e dichiarazione, entro cui possa situarsi una domanda di accertamento della nullità, la cui mancanza impedisce la declaratoria, poiché il giudice che abbia rilevato d'ufficio il carattere abusivo della nullità è tenuto a trarre le conseguenze di tale rilevazione”*²⁵⁵.

Sulla base di queste premesse, ritengo, quindi, opportuno concludere auspicando che questa costruzione prospettata dalle Sezioni Unite non ponga fine alla riflessione sul tema della rilevabilità d'ufficio, almeno per quel che concerne le nullità di protezione, nell'ottica del recupero di una maggiore coerenza con le soluzioni cui si è giunti in merito a livello sovranazionale.

²⁵⁵*Ibidem*, 2014

Capitolo IV

Oltre la rilevabilità d'ufficio della nullità: l'impatto sull'ordinamento italiano della posizione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in merito conseguenze dell'accertamento dell'abusività

1. Premessa

In una serie di pronunce recenti, la Corte di Giustizia concentra l'attenzione su delle questioni che, pur essendo strettamente connesse a quella della rilevabilità d'ufficio dell'abusività delle clausole contrattuali, erano rimaste piuttosto in ombra nelle sue decisioni precedenti²⁵⁶: si tratta, in particolare, delle conseguenze della dichiarazione di vessatorietà.

Le soluzioni prospettate dal giudice comunitario assumono un ruolo importante nell'ottica di uno smorzamento del dibattito, sorto all'interno dell'ordinamento italiano, in merito alla configurabilità di un'integrale caducazione del contratto, successiva all'accertamento della nullità della o delle pattuizioni abusive in esso contenute, nonché al tema, collegato, della possibilità (ed, eventualmente, delle modalità) della sua integrazione, finalizzata a garantirne la sopravvivenza. In questo modo, confermando ancora una volta il ruolo di guida e di indirizzo che la Corte di Lussemburgo ha assunto con riferimento all'attuazione, da parte degli Stati membri, della disciplina europea a tutela del consumatore, con l'obiettivo di garantirne l'effettività.

Pertanto, nei paragrafi che seguono si concentrerà l'attenzione su

²⁵⁶L. VALLE, *La vessatorietà delle clausole, oltre la nullità parziale*, in “*Contratto e impresa/Europa*”, 2014, pp. 100 ss.

questo ulteriore profilo di intervento del giudice comunitario in merito alla disciplina delle clausole abusive, specificamente diretto alla determinazione degli effetti sul contratto conseguenti alla declaratoria di nullità e alle alternative percorribili nella direzione della sua salvezza.

2. La caducazione integrale del contratto privato delle clausole nulle

Come si è già avuto modo di precisare nel primo capitolo di questa trattazione²⁵⁷, la nullità di protezione si contraddistingue per il fatto di essere limitata esclusivamente alla clausola contrattuale avente carattere abusivo, non ammettendosi, in linea di principio, che essa possa estendersi all'intero rapporto.

La parzialità del rimedio trova conferma sia nella disposizione di cui all'articolo 6 della Direttiva 1993/13/CE, il quale, dopo aver stabilito la non vincolatività per il consumatore delle pattuizioni vessatorie contenute in un contratto stipulato con il professionista, prosegue affermando che gli Stati membri sono tenuti a provvedere affinché il negozio "*resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini*", sia, per quanto riguarda la disciplina italiana, nell'articolo 36 cod. cons., che, più sinteticamente, statuisce che "*il contratto rimane valido per il resto*".

Inoltre, essa si giustifica in considerazione del particolare obiettivo di tutela del contraente in posizione di debolezza cui la normativa in materia di clausole abusive è diretta, che verrebbe ad essere compromesso da un'eliminazione totale di un rapporto, quale quello instaurato con il professionista, nel complesso corrispondente al suo

²⁵⁷In particolare, nel paragrafo 3.3, dedicato alla parzialità della nullità di protezione.

interesse, in quanto diretto a garantirgli quell'affare cui egli mirava con la sua conclusione²⁵⁸. D'altronde, la circostanza che la Direttiva sia orientata alla protezione del consumatore, non può non condizionare *“l'intera verifica demandata al giudice; e [...] persino il momento successivo alla pronuncia di nullità della clausola e la decisione circa la “resistenza” dell'accordo così amputato: dunque l'alternativa tra nullità parziale e nullità dell'intero contratto”*²⁵⁹.

Ciò, però, non significa che non sia in alcun modo ipotizzabile un'estensione del rimedio anche oltre i confini delle clausole aventi natura abusiva e, in un certo senso, a confermare la possibilità di una tale alternativa è la stessa Direttiva, nel momento in cui subordina la sopravvivenza del contratto alla sua capacità di sussistere anche senza tali pattuizioni.

La questione, come si intuisce dai motivi sopra esposti, è oltremodo delicata. Essa ha, perciò, spinto le corti nazionali ad interpellare la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, chiamata a pronunciarsi in merito all'ammissibilità e, soprattutto, alle condizioni in presenza delle quali la nullità di protezione deve ritenersi estesa all'intero negozio, non potendosene ammettere una limitazione esclusivamente alla clausola vessatoria.

La risposta del giudice comunitario è condensata in due sentenze, pronunciate l'una nel 2012 e l'altra nel 2013, alla cui disamina sono dedicati i paragrafi che seguono.

²⁵⁸S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in “*Rivista di diritto civile*”, 2012, pp. 291 ss.

²⁵⁹R. ALESSI, op. cit., 2014

2.1 La Corte di Giustizia riconosce il carattere eccezionale della soccombenza totale del contratto

La prima delle due decisioni a venire in considerazione è la sentenza *Perenicová-Perenic*²⁶⁰.

In essa, la Corte di Giustizia ha affermato che il giudice nazionale, nel momento in cui valuta se il contratto sottoposto alla sua attenzione, stipulato tra un consumatore e un professionista, possa sopravvivere anche in assenza di una o più clausole abusive in esso contenute, “*non può fondarsi unicamente sull'eventuale vantaggio per una delle parti, nella fattispecie il consumatore, derivante dall'annullamento del contratto in questione nel suo complesso*”. Precisando, allo stesso tempo, che è, comunque, ammessa la possibilità, all'interno degli ordinamenti degli Stati membri, di prevedere l'integrale caducazione del rapporto negoziale, invece che una sua sopravvivenza in assenza della pattuizione vessatoria, quando ciò garantisca una migliore tutela al contraente debole.

Tale decisione prende le mosse da una controversia, sollevata dinanzi ai giudici slovacchi, finalizzata all'accertamento della nullità di un contratto di credito stipulato tra i ricorrenti, la signora Jana Perenicová e il signor Vladislav Perenic, e la SOS financ, spol, s.r.o., istituto non bancario concedente crediti al consumo mediante contratti standardizzati²⁶¹. Il tribunale distrettuale di Presov, adito, aveva anzitutto rilevato che il tasso annuo effettivo globale (TAEG) non ammontava al 46,83%, come indicato nel negozio, ma in realtà al 58,76%, poiché la SOS non aveva incluso nel calcolo alcune spese

²⁶⁰C. Giust. UE, sentenza 15 marzo 2012, causa C-453/10, Pres. Tizzano, Avv. Gen. V. Trstenjak, Jana Perenicová e Vladislav Perenic c. SOS financ, spol. s r. o., in *Foro italiano*, 2013, pp. 171 ss.

²⁶¹G. COSCO, *L'incidenza delle clausole abusive e delle pratiche commerciali sleali sulla sorte del contratto individuale* (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 15 marzo 2012, C. 453/10) / [Commento a], in “*Contratti*”, 2012, pp. 661 ss.

connesse al credito. Inoltre, era stata riscontrata la presenza, nel rapporto negoziale, di diverse clausole sfavorevoli ai ricorrenti nel procedimento principale. Tenuto conto di ciò, il giudice del rinvio aveva evidenziato come una dichiarazione di nullità dell'intero contratto di credito, pronunciata in ragione del carattere abusivo di alcune sue clausole, sarebbe stata più vantaggiosa per i contraenti rispetto al suo mantenimento in vita, privato delle stesse. Infatti, mentre nel primo caso i consumatori sarebbero stati tenuti a versare soltanto gli interessi di mora, al tasso del 9%, nel secondo caso avrebbero dovuto corrispondere l'insieme delle spese per la concessione del credito, di entità ben più elevata.

Ritenendo che la soluzione della controversia dipendesse dall'interpretazione delle disposizioni comunitarie e, in particolare, della Direttiva 1993/13/CE, l'autorità giudiziaria slovacca aveva chiesto alla Corte di Giustizia se fosse possibile sopprimere nel suo complesso un contratto, contenente una o più clausole abusive, nell'ipotesi in cui ciò fosse stato più favorevole al consumatore tutelato²⁶².

La Corte di Giustizia ricorda, ancora una volta, come il sistema di tutela istituito dalla Direttiva 1993/13/CE, presupponendo che il contraente debole si trovi in una posizione di inferiorità rispetto al professionista, impone agli Stati membri di disporre che le clausole abusive non lo vincolino. Tale previsione è contenuta nell'articolo 6, il quale è stato qualificato quale norma imperativa, mirante a ristabilire l'uguaglianza tra le parti del rapporto.

La Corte prosegue sottolineando che, in merito al profilo dell'incidenza dell'accertamento del carattere abusivo delle clausole contrattuali sulla validità del contratto, la Direttiva si esprime stabilendo che esso rimane vincolante per le parti negli stessi termini, sempre che possa

²⁶²I. PICCIANO, *Osservatorio comunitario*, in “*Contratti*”, 2012, pp. 541 ss.

sussistere senza le pattuizioni vessatorie. Dunque, l'obiettivo che tale normativa comunitaria persegue, cioè ripristinare l'equilibrio tra le parti, deve essere perseguito salvaguardando, in linea di principio e per quanto possibile, la validità del contratto nel suo complesso, senza che la presenza accertata di una o più clausole abusive in esso possa sempre e comunque determinarne all'annullamento.

Dello stesso avviso è anche l'Avvocato Generale Trstenjak, la quale, al paragrafo n° 50 delle sue conclusioni, ribadisce che *“la conseguenza normale della presenza di una clausola abusiva in un contratto è costituita dall'inefficacia di quella sola clausola e dalla conservazione per il resto del contratto, il quale, una volta eliminato lo squilibrio a danno del consumatore, continua a vincolare le parti”*. Perciò, *“la funzione di tutela dell'articolo 6, paragrafo 1, verrebbe ad essere capovolta se l'inefficacia di una o più clausole avesse sempre come conseguenza, indipendentemente da ogni altro fattore, l'inefficacia del contratto nel suo complesso”*²⁶³.

Peraltro, la regola della conservazione del negozio, quale risultato dell'accertamento del carattere abusivo di una o più clausole in esso contenute, non è esente da eccezioni. Infatti, affinché il contratto sopravviva, è necessario che rimanga valido per entrambe le parti, cioè sia in grado di sussistere anche senza la pattuizione abusiva.

Di conseguenza, nel momento in cui le autorità giudiziarie nazionali sono chiamate a rilevare la vessatorietà delle clausole, devono sì trarne *“tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale”* affinché il consumatore non ne sia vincolato, ma allo stesso tempo sono tenute a valutare *“se il contratto in questione possa essere mantenuto in assenza di dette clausole abusive”* (punto n° 30).

A questo punto la Corte si occupa di individuare i criteri sui quali deve

²⁶³Conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak, reperibili sul sito <http://eur-lex.europa.eu>

basarsi la valutazione del giudice nazionale circa la sopravvivenza o meno del contratto, decurtato delle pattuizioni abusive.

In particolare, il giudice comunitario, nell'alternativa tra un giudizio fondato su parametri soggettivi, che tengono conto specificamente dell'interesse del contraente debole, parte protetta del rapporto, o su parametri oggettivi, mostra di preferire la seconda opzione, affermando espressamente che *“la posizione di una delle parti del contratto, nella fattispecie il consumatore, non può essere presa in considerazione quale criterio determinante per disciplinare la sorte futura del contratto”*(punto n° 32).

La Corte, rimarcando la stessa posizione dell'Avvocato Generale Trstenjak, fa presente come vadano in questa direzione interpretativa sia il tenore letterale dell'articolo 6, che non contiene *“alcun riferimento letterale ad un'inefficacia dell'intero contratto per il caso in cui ciò fosse più conveniente per il consumatore”* (paragrafo n° 58), sia l'intera sistemica della Direttiva 1993/13/CE, all'interno della quale il legislatore comunitario *“non ha stabilito in alcun punto che il fatto che per il consumatore sia più conveniente essere liberato dal contratto debba costituire un criterio decisivo”* (paragrafo n° 59).

A favore di un approccio obiettivo in sede di valutazione giudiziale della sopravvivenza del negozio, la Corte di Giustizia richiama, inoltre, la sussistenza di esigenze riconducibili alla certezza giuridica delle attività economiche. Infatti, è necessario considerare come la Direttiva 1993/13/CE non sia esclusivamente finalizzata a garantire una maggiore tutela al consumatore, ma anche ad incentivare le attività commerciali, essendo stata emanata in vista della progressiva instaurazione del mercato interno.

Pertanto, dato che *“l'attività economica può svilupparsi solo laddove agli operatori economici sia assicurata la certezza del diritto, ivi compresa la tutela dell'affidamento di questi ultimi sulla stabilità dei rapporti contrattuali”* (paragrafo n° 67), condizionare la sopravvivenza

di un contratto nel suo complesso all'interesse esclusivo di una parte potrebbe produrre un effetto negativo in termini economici, consistente in un disincentivo allo sviluppo del mercato stesso²⁶⁴.

Di conseguenza, accantonata la possibilità di riconoscere valenza determinante per la sorte del contratto all'interesse del consumatore a non esserne ulteriormente vincolato, il giudice nazionale dovrà fondare la propria valutazione esclusivamente su criteri rigorosamente oggettivi. Nello specifico, la caducazione integrale del negozio potrà configurarsi soltanto *“in ipotesi nelle quali, all’esito della espunzione delle clausole abusive, ne risulti gravemente pregiudicato uno degli elementi essenziali; ovvero sia radicalmente stravolta la fisionomia originaria dell’assetto di interessi divisato nel programma contrattuale (ad esempio laddove la clausola sia inscindibilmente connessa alle altre pattuizioni); ovvero, ancora, qualora appaia compromessa la stessa possibilità di dare esecuzione alle prestazioni derivanti dall’accordo”*²⁶⁵.

In questa direzione, tale decisione spicca in senso positivo, differenziandosi dalla precedente giurisprudenza comunitaria, poiché rimarca espressamente come la finalità della disciplina in tema di clausole abusive, introdotta con la Direttiva 1993/13/CE, non sia esclusivamente la protezione del consumatore, parte debole del rapporto contrattuale. Dalla pronuncia in esame, infatti, emerge che la tutela dell'interesse di quest'ultima può, in certe situazioni, richiedere il contemperamento con altri principi, quali l'affidamento della controparte imprenditrice, pena la contrazione del mercato.

Tuttavia, la Corte di Giustizia conclude l'esame della questione pregiudiziale riconoscendo che la Direttiva 1993/13/CE *“non osta ad*

²⁶⁴L. VALLE, op. cit., 2014

²⁶⁵G. MARINO, *Scorrettezza della pratica ed abusività della clausola nella disciplina del contratto del consumatore*, in *“Contratto e impresa/Europa”*, 2014, pp. 137 ss.

una normativa nazionale adottata da uno Stato membro, nel rispetto del diritto dell'Unione, la quale permetta di dichiarare la nullità complessiva di un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore e contenente una o più clausole abusive” (punto n° 35), non in quanto la loro caducazione pregiudica la possibilità di sopravvivenza del negozio, ma qualora ciò “risulti garantire una migliore tutela del consumatore”.

A giustificazione di tale affermazione, si fa presente come la normativa comunitaria in materia di pattuizioni abusive abbia realizzato un'armonizzazione solo parziale e minima delle legislazioni nazionali: l'articolo 8 della Direttiva²⁶⁶, infatti, riconosce espressamente agli Stati membri la facoltà di adottare disposizioni più severe per garantire un livello di protezione più elevato per il contraente debole.

In questo modo, però, la Corte lascia intendere che l'interesse del consumatore all'eliminazione integrale del contratto, seppure non costituisca il criterio esclusivo e dirimente, sia comunque tra quelli ai quali il giudice può fare riferimento per la propria decisione in merito, non avvedendosi che *“per questa via il «naturale» connotato della nullità di protezione, l'essere nullità che in principio non pregiudica l'intero contratto posto a tutela del consumatore, ne risulta consegnato di nuovo ad un parametro soggettivo, seppur riferito alla sola parte protetta”*²⁶⁷.

2.2 La sentenza Jörös

La Corte di Giustizia è successivamente tornata a pronunciarsi sul tema dell'ammissibilità della caducazione integrale di un contratto,

²⁶⁶Il quale stabilisce che *“gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più severe, compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore”.*

²⁶⁷R. ALESSI, op. cit., 2014

conseguente all'accertamento della vessatorietà di una o più clausole in esso contenute, nella sentenza *Jőrös*²⁶⁸, la quale pare giungere a conseguenze più coerenti rispetto alla decisione precedente. Infatti, malgrado le argomentazioni, messe in campo dalla Corte per risolvere la questione pregiudiziale, riprendano quelle elaborate nell'ambito della sentenza *Perenicová-Perenic*, l'approdo interpretativo è parzialmente diverso.

La decisione era scaturita dalla richiesta, sollevata alla Corte di Giustizia dal Fővárosi Bíróság, di pronunciarsi in merito alla possibilità per un giudice nazionale, il quale avesse accertato il carattere abusivo di una clausola contrattuale, di valutare d'ufficio l'annullamento per tale motivo del contratto, anche in assenza di una specifica domanda delle parti al riguardo.

Il giudice comunitario, anzitutto, ricorda che sussiste un dovere, in capo all'autorità giudiziaria statale, di valutare l'incidenza dell'accertamento della sussistenza di pattuizioni vessatorie sulla validità dell'intero contratto sottoposto alla sua attenzione, determinando se questo possa sussistere senza di esse. Infatti, l'obiettivo perseguito dal legislatore comunitario con la Direttiva 1993/13/CE non consiste “*nell'annullamento di qualsiasi contratto contenente clausole abusive, bensì nel ripristinare l'equilibrio tra le parti, salvaguardando al contempo, in linea di principio, la validità del contratto nel suo complesso*” (punto n° 46). Tale accertamento, demandato al giudice nazionale, deve basarsi su criteri obiettivi, non essendo possibile utilizzare, quale parametro determinante per la sopravvivenza o meno del negozio, il vantaggio che il consumatore ottiene dalla sua caducazione.

Premesso ciò, la Corte di Giustizia riconosce come, posto il dovere del giudice nazionale di trarre tutte le conseguenze che, secondo il diritto

²⁶⁸Per un approfondimento sulla sentenza si veda il paragrafo 4.3 del secondo capitolo di questa trattazione.

interno, derivano dall'accertamento dell'abusività di una o più clausole inserite nel contratto oggetto della controversia, questi “*deve valutare, in linea di principio sulla base di criteri oggettivi, se il contratto di cui trattasi possa sussistere senza detta clausola*”. In questo modo, escludendo radicalmente la possibilità dell'autorità giudiziaria di eliminare integralmente il regolamento negoziale sulla base dell'esclusiva considerazione dell'interesse del consumatore²⁶⁹.

In conclusione, è possibile ritenere che, posto che la caducazione integrale del contratto rappresenta un'opzione del tutto eventuale, essa potrà aversi solamente nell'ipotesi in cui il negozio non possa oggettivamente sussistere in mancanza delle pattuizioni abusive, a fronte o di una domanda in tal senso del consumatore, interessato in quanto ne ricava un vantaggio, oppure su pronuncia del giudice, sempre tenuto a valutare obiettivamente l'incidenza che l'accertamento del carattere vessatorio delle clausole ha sulla validità dell'intero rapporto²⁷⁰.

La Corte di Giustizia, grazie alle sentenze *Perenicová-Perenic* e *Jörös*, conferma che, nell'ambito della disciplina in tema di clausole abusive nei contratti con i consumatori, è possibile ricomporre l'esigenza di tutela della parte debole e quella di conservazione del negozio. Invero, l'eliminazione delle pattuizioni vessatorie si connota quale forza riequilibrante dello squilibrio intercorrente tra le parti contrattuali, posto a vantaggio del consumatore, la quale agisce all'interno del rapporto e non in negazione di esso.

Il perseguimento della finalità protettiva non può, pertanto, “*spingersi sino a introdurre un «camuffato» ius poenitendi a favore del consumatore, oltre i casi e i limiti previsti dalla legge, che finisca per dar luogo ad un fenomeno di «eutanasia» di un contratto ormai*

²⁶⁹R. ALESSI, op. cit., 2013

²⁷⁰L. VALLE, op. cit. 2014

*indesiderato*²⁷¹.

3. L'integrazione del contratto quale possibile alternativa alla sua caducazione integrale?

Le pronunce appena esaminate consentono di fissare un primo punto fermo in questa riflessione in merito alle conseguenze dell'accertamento della nullità delle clausole abusive: poiché in linea di principio tale invalidità protettiva ha carattere necessariamente parziale, la sua portata deve essere esclusivamente limitata alla pattuizione disapprovata, rappresentando la sua estensione all'intero contratto un'ipotesi meramente eventuale.

Ciò premesso, tuttavia, la Corte di Giustizia non esclude che possa configurarsi una caducazione integrale del rapporto, derivante non dalla valutazione del vantaggio che il consumatore ricava dalla sua soccombenza, ma dall'oggettiva impossibilità di questo di sopravvivere privato di quella parte del suo contenuto che risulta "essenziale". Pertanto, il rischio di un'eliminazione del contratto dall'ordinamento, quale effetto dell'espunzione di una o più delle sue clausole, in quanto vessatorie, è concreto e genera numerosi problemi di coordinamento con la disciplina comunitaria e interna, orientate, piuttosto, alla sua salvezza.

A fronte di questa eventualità, perciò, gli interpreti si sono interrogati relativamente all'ammissibilità di un intervento integrativo, che possa in qualche modo contrastare l'inevitabile caducazione del rapporto mancante dei suoi elementi qualificanti, compromettendo, così, le finalità di protezione sottese alla normativa europea.

²⁷¹G. MARINO, op. cit., 2014

In particolare, almeno per quel che qui rileva, il dibattito in Italia, mancando una specifica disposizione regolatrice in tal senso, si è articolato intorno a varie alternative ricostruttive, orientate in alcuni casi a consentire un intervento giudiziale di equità, in altri ad accogliere una sostituzione delle pattuizioni nulle con regole dispositive.

Determinante per orientare in una precisa direzione esegetica la dottrina sono state alcune recenti decisioni della Corte di Giustizia, nell'ambito delle quali è nettamente percepibile un'evoluzione nella posizione del giudice comunitario sul tema dell'integrazione del contratto decurtato delle clausole vessatorie e su cui è necessario spendere qualche considerazione, tenuto conto dell'impatto che esse hanno avuto nel sistema italiano.

3.1 La Corte di Giustizia esclude la possibilità di un intervento integrativo del giudice

L'atteggiamento iniziale della Corte di Giustizia, in merito alla configurabilità di soluzioni che possono costituire un'alternativa valida alla soccombenza integrale del rapporto contrattuale originatasi da una invalidità che, in quanto protettiva, dovrebbe essere necessariamente parziale, è delineato in due pronunce, delle quali ho già avuto modo di parlare nel secondo capitolo di questa trattazione²⁷²: si tratta della sentenza *Banco Español de Crédito* e della sentenza *Asbeek Brusse*.

Di tali decisioni si ritiene opportuna una disamina congiunta, poiché, nonostante il diverso contesto dal quale promanano- nel primo caso la controversia riguardava un contratto di mutuo per il quale il giudice aveva operato una rideterminazione al livello legale del tasso di

²⁷²Per un approfondimento sulle quali si rinvia rispettivamente al paragrafo 4.2 e 4.3 del secondo capitolo.

interesse, mentre nel secondo veniva in considerazione un contratto di locazione, della cui clausola penale le parti avevano chiesto all'autorità giudiziaria una riduzione- le argomentazioni utilizzate in entrambe sono le stesse, così come le loro conclusioni.

Nello specifico, l'esito interpretativo cui giunge la Corte è molto netto: si esclude esplicitamente che il giudice possa intervenire sul contenuto della clausola abusiva, sostituendola con un'altra non affetta da nullità, dovendo questi obbligatoriamente limitarsi a disapplicarla.

Il ragionamento che il giudice comunitario compie per giustificare questa visione così radicale in merito alle conseguenze che devono essere tratte dalla dichiarazione di abusività di una pattuizione contrattuale, si può distinguere in due parti, tra loro intimamente correlate, delle quali l'una fa riferimento “*al tenore letterale dell'articolo 6, paragrafo 1, della Direttiva 1993/13/CE*”, l'altra “*agli obiettivi e all'economia generale di quest'ultima*” (punto n° 61 sentenza *Banco Español de Crédito*).

Anzitutto, la Corte ribadisce che è vero che il carattere di norma imperativa, tesa a sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti un equilibrio reale, riconosciuto all'articolo 6, impone ai giudici, che accertano la natura abusiva di clausole in esso contenute, di trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale affinché il consumatore non ne sia vincolato. Tuttavia, posto questo, non si può non tenere conto del fatto che “*il legislatore dell'Unione ha esplicitamente previsto, nel secondo periodo dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 [...] che il contratto stipulato tra il professionista ed il consumatore resterà vincolante per le parti «secondo i medesimi termini», qualora esso possa sussistere «senza le clausole abusive»*” (punto n° 64 sentenza *Banco Español de Crédito* e punto n° 56 sentenza *Asbeek Brusse*).

Di conseguenza, i giudici nazionali non sono autorizzati a rivedere il contenuto della pattuizione vessatoria, potendo essi semplicemente escluderne l'applicazione, in modo che questa non produca effetti vincolanti nei confronti del contraente debole. Ciò perché, il contratto *“deve sussistere, in linea di principio, senz'altra modifica che non sia quella risultante dalla soppressione delle clausole abusive, purché, conformemente alle norme di diritto interno, una simile sopravvivenza sia giuridicamente possibile”* (punto n° 65 sentenza *Banco Español de Crédito* e punto n° 57 sentenza *Asbeek Brusse*).

In questo senso, la Corte di Giustizia si pone in linea con le conclusioni formulate dall'Avvocato Generale Trstenjak²⁷³, la quale aveva precisato che nell'ambito della Direttiva non si prevede espressamente né la sostituzione delle clausole vessatorie, né la sussistenza di un corrispondente potere dei giudici di farlo, limitandosi l'articolo 6 a prescrivere la non vincolatività per il consumatore.

A corroborare queste riflessioni concorrerebbero, inoltre, secondo il giudice comunitario, gli obiettivi e l'economia generale della stessa Direttiva, che costituisce un provvedimento indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati all'Unione Europea, in particolare per l'innalzamento del livello e della qualità della vita al suo interno. In quest'ottica, considerata la natura e l'importanza dell'interesse pubblico sul quale si basa la tutela assicurata ai consumatori, l'articolo 7, paragrafo 1, della Direttiva impone agli Stati membri di predisporre mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'inserimento di clausole abusive nei contratti stipulati con i professionisti.

Ciò posto, qualora si ammettesse la possibilità dell'autorità giudiziaria nazionale di rivedere il contenuto delle pattuizioni nulle, piuttosto che disapplicarle, si rischierebbe di compromettere la realizzazione di un simile obiettivo, poiché si ridurrebbe l'effetto dissuasivo esercitato sui

²⁷³Reperibili sul sito <http://eur-lex.europa.eu>

professionisti, i quali “rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale” (punto n° 69 sentenza *Banco Español de Crédito*)²⁷⁴. Il che “violerebbe il divieto previsto dal diritto dell'Unione di vanificare gli obiettivi di una direttiva mediante gli atti interni di recepimento” (paragrafo n° 87 delle conclusioni dell'Avvocato Generale Trstenjak).

Si ritiene in linea di massima condivisibile la scelta operata dalla Corte di Giustizia di escludere la possibilità di una correzione giudiziale conseguente alla nullità delle clausole abusive. Infatti, una tale prerogativa potrebbe ingenerare una grande incertezza sul contenuto delle contrattazioni, riferendosi essa non ad ipotesi circoscritte di singole fattispecie negoziali, ma a rapporti normalmente conclusi “in serie”, nell'ambito dei quali la clausola abusiva è presente in una serie indeterminata di atti, sottoposti, in caso di contestazione, al vaglio di altrettante autorità giudiziarie diverse²⁷⁵.

Tuttavia, le due pronunce appena esaminate non sono immuni da alcuni rilievi critici. In particolare, problematica risulta la mancanza di una presa di posizione chiara in merito all'integrazione del contratto privato delle clausole abusive per il tramite del diritto dispositivo,

²⁷⁴D'altronde, come non manca di sottolineare anche l'Avvocato Generale nelle sue conclusioni, un adeguamento del contratto lasciato all'intervento giudiziale ridurrebbe notevolmente i rischi nei quali questi ultimi incorrono per l'impiego di clausole abusive. Mentre, infatti, una volta rilevata la non vincolatività di una clausola il professionista può avere motivo di temere di restare vincolato ad un contratto per lui eventualmente più sfavorevole, l'adeguamento, in fin dei conti, induce ad allineare le condizioni contrattuali a un livello conforme alla legge, e quindi accettabile per il professionista. Inoltre, “anche nelle fattispecie in cui il carattere abusivo di una o più clausole comporterebbe l'inefficacia totale del contratto, il professionista può confidare nel fatto che il contratto manterrà comunque la sua efficacia, cosa che può anche non essere nell'interesse del consumatore” (paragrafo n° 88).

²⁷⁵G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in “Nullità per abuso ed integrazione del contratto”, a cura di G. D'Amico- S. Pagliantini, Torino, 2013, p. 233

rispetto alla quale la Corte non si è pronunciata né per l'accantonamento, né per l'accoglimento.

In un simile contesto, varie sono state le ricostruzioni proposte dagli interpreti: secondo una prima visione, il giudice comunitario avrebbe respinto non solo la soluzione che prevede un potere correttivo dell'autorità giudiziaria, ma anche, implicitamente, quella che vede l'operare del diritto dispositivo quale strumento suppletivo a garanzia della sopravvivenza del rapporto²⁷⁶.

La dottrina maggioritaria ha, invece, optato per una diversa interpretazione, in virtù della quale le pronunce del giudice comunitario avrebbero sancito una posizione “neutrale” del legislatore europeo della Direttiva 1993/13/CE, che rimetterebbe ai principi e alle regole proprie dei singoli ordinamenti nazionali l'ammissibilità di un'integrazione di tipo dispositivo²⁷⁷. In altre parole, la Corte di Giustizia avrebbe lasciato “*aperta la possibilità che la lacuna determinata dalla caducazione di una clausola «vessatoria» sia colmata attraverso il ricorso al diritto dispositivo, naturalmente ove ciò sia previsto e/o consentito dai singoli ordinamenti nazionali*”²⁷⁸.

²⁷⁶A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”*: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 14 giugno 2012, n° 618/10), in “*Contratti*”, 2013, 2, pp. 16 ss., il quale afferma che “*sebbene non sia del tutto chiaro se per la Corte - sul presupposto che è soprattutto la riduzione giudiziale a rivelarsi la meno favorevole per il consumatore - la direttiva 93/13 «osti» alle sole disposizioni nazionali che autorizzano il giudice a ridisegnare (id est a ridurre nel limite del lecito) la clausola abusiva; ovvero anche a quelle che si limitino a rimettere in gioco, in luogo delle regole abusive, la disciplina dispositiva che la pattuizione vessatoria ha derogato [...] sembra che anche la «mera» integrazione dispositiva si ponga per la Corte in conflitto con le scelte comunitarie - indicazioni in questo senso si possono inferire dalla nettezza della affermazioni con cui si esclude qualsiasi modifica «che non sia quella risultante dalla soppressione della clausola abusiva»*”.

²⁷⁷S. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in “*Contratti*”, 2013, 4, pp. 406 ss.

²⁷⁸G. D'AMICO, op. cit., p. 243

3.2 L'evoluzione nella posizione del giudice comunitario e l'integrazione per il tramite del diritto dispositivo

Tra le questioni che le sentenze *Banco Español de Crédito* e *Asbeek Brusse* hanno lasciato problematicamente irrisolte, particolarmente rilevante è quella attinente all'ammissibilità di un'integrazione del contratto, per il tramite di regole dispositive, quale alternativa salvifica alla sua totale caducazione, nell'ipotesi in cui la sua sopravvivenza vada a vantaggio del consumatore, protetto dalla normativa comunitaria. Difatti, escludendo la possibilità di una correzione lasciata all'iniziativa del giudice e tacendo in merito ad una sostituzione effettuata mediante il diritto dispositivo, la Corte di Giustizia ha lasciato aperte, quali uniche alternative conseguenti all'accertamento della vessatorietà, la pura e semplice soppressione della pattuizione o l'integrale soccombenza del rapporto, non in grado di sopravvivere all'eliminazione di quella sua parte avente carattere essenziale.

Le difficoltà insite in una simile ricostruzione sono evidenti, soprattutto considerando il fatto che il disegno del legislatore comunitario è orientato a riconoscere un carattere necessariamente parziale alle nullità di protezione, pensate, quindi, per garantire al contraente protetto la possibilità di perseguire comunque quell'utilità per la realizzazione della quale era stato concluso il contratto.

Per questi motivi, poco meno di un anno dopo la sentenza *Asbeek Brusse*, la Corte di Giustizia è stata nuovamente chiamata ad occuparsi degli effetti della declaratoria di nullità di una pattuizione vessatoria, arrivando ad affermare, nella sentenza *Kásler*²⁷⁹, che “*ove un contratto*

²⁷⁹C. Giust. UE, sentenza 30 aprile 2014, causa C-26/13, Pres. L. Bay Larsen, Avv. Gen. N. Wahl, Arpad Kasler- Hajnalka Kaslerné Rabai c. OTP Jelzalogbank Zrt, in “*Contratti*”, 2014, 10, pp. 843 ss.

concluso tra un professionista ed un consumatore non può sussistere dopo l'eliminazione di una clausola abusiva, tale disposizione (articolo 6 Direttiva 1993/13/CE) non osta ad una regola di diritto nazionale che permette al giudice nazionale di ovviare alla nullità della suddetta clausola sostituendo a quest'ultima una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva”.

La controversia era sorta a fronte di un contratto di mutuo ipotecario stipulato tra il signor Kásler e la signora Kaslerné Rabai e una banca ungherese, la OTP Jelzalogbank Zrt, che, pur essendo stato erogato e dovendo, conseguentemente, essere restituito in valuta nazionale (fiorini ungheresi), era, però, espresso in valuta estera (franchi svizzeri). Il contratto sottoscritto dalle parti prevedeva, in particolare, che, mentre la fissazione dell'importo in franchi svizzeri dovesse essere effettuata secondo il corso di acquisto di tale valuta applicato dalla banca alla data di erogazione dei fondi, l'importo delle singole rate di mutuo, da restituire in franchi ungheresi sarebbe dovuto, invece, essere determinato il giorno prima della data di esigibilità della stessa in base al corso applicato dalla banca alla vendita della valuta. Ciò premesso, i mutuatari avevano convenuto in giudizio l'istituto di credito, contestando la validità della clausola che, consentendo, per il calcolo delle rate mensili di rimborso esigibili, l'applicazione di un corso diverso da quello utilizzato in occasione dell'erogazione del prestito, ad esclusivo ed ingiustificato vantaggio per la banca, doveva considerarsi abusiva. Il giudice di primo grado aveva accolto il ricorso e la decisione era stata confermata nel giudizio di appello, all'interno del quale la corte, dopo aver concluso nel senso del carattere abusivo della clausola contrattuale, aveva deciso che fosse necessario modificare il contratto, imponendo di calcolare le rate mensili di rimborso del prestito sulla base del tasso di cambio all'acquisto applicato dalla banca. Quest'ultima aveva, perciò, proposto ricorso contro tale

sentenza dinanzi alla Kuria ungherese, che aveva a sua volta sollevato una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, con la quale si chiedeva di pronunciarsi in merito alla possibilità per il giudice nazionale di modificare la clausola nulla al fine di eliminarne il carattere abusivo, in particolare sostituendole una disposizione nazionale suppletiva, qualora il contratto non potesse sussistere dopo la sua rimozione²⁸⁰.

La risposta del giudice comunitario è decisamente innovativa rispetto a quella precedentemente espressa, poiché con essa si va a riconoscere la configurabilità di un potere delle autorità giudiziarie nazionali di sostituire la pattuizione vessatoria con regole interne dispositive, al fine di garantire la sopravvivenza del rapporto²⁸¹.

Il punto di partenza della riflessione è costituito dall'osservazione per cui, per poter operare una valutazione della soluzione adottata nelle sentenze *Banco Español de Crédito* e *Asbeek Brusse*, non può prescindersi dal considerare che la situazione da cui esse erano scaturite non avrebbe mai determinato una compromissione dell'esistenza del contratto conseguente all'eliminazione della clausola abusiva. Ciò premesso, come precisa l'Avvocato Generale Wahl, nel paragrafo n° 97 delle sue conclusioni²⁸², *“il divieto per il giudice di rivedere il contenuto di una clausola da lui qualificata come abusiva, anziché limitarsi alla pura e semplice disapplicazione, si riferisce all'ipotesi in cui l'eliminazione della clausola controversa, avente carattere accessorio nella struttura del contratto, non compromette l'esistenza di detto contratto e non risulta pregiudizievole per il consumatore”*.

²⁸⁰G. MILIZIA, *Il giudice può sostituire la clausola vessatoria del mutuo nulla con una norma suppletiva*, in *“Diritto e giustizia”*, 2014, 1, pp. 17 ss.

²⁸¹F. SCAVONE, *Le clausole abusive e gli effetti della declaratoria di nullità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea: il caso Kàsler c. OTP Jelzalogbank Zrt*, in *“Contratto e impresa/Europa”*, 2014, 2, pp. 875 ss.

²⁸²Reperibili sul sito <http://eur-lex.europa.eu>

Diverso è, invece, quanto avviene nel caso in esame, nell'ambito del quale la soppressione della disposizione considerata vessatoria comporta l'impossibilità di continuare ad eseguire il contratto, con conseguenze fortemente pregiudizievoli per il consumatore, costretto a rimborsare immediatamente il capitale residuo.

Qualora, in una simile ipotesi, si applicasse stringentemente la ricostruzione di cui alle sentenze *Banco Español de Crédito* e *Asbeek Brusse* e si impedisse un intervento giudiziale di sostituzione della pattuizione invalida con una normativa dispositiva, con il conseguente caducarsi del rapporto, si esporrebbe il contraente debole, in astratto tutelato dalla normativa, a quelle conseguenze particolarmente dannose sopra esposte. Tale opzione non sarebbe, pertanto, conforme agli obiettivi dell'articolo 6, paragrafo 1, della Direttiva 1993/13/CE, che consistono nel ristabilire l'equilibrio tra le parti, pur conservando, in linea di principio, la validità del contratto nel suo complesso, piuttosto che nell'eliminarlo.

Peraltro, l'Avvocato Generale introduce una puntualizzazione nella parte finale delle sue conclusioni in merito all'intervento giudiziale di sostituzione, stabilendo che questo “*per quanto possibile, deve tendere unicamente a ristabilire una certa parità tra i professionisti e i consumatori loro contraenti*” e “*non deve condurre a creare un rivolgimento dell'equilibrio contrattuale mediante un intervento dell'autorità statale successivo alla conclusione del contratto*” (paragrafi n° 104-105).

La presa di posizione della Corte di Giustizia nella sentenza *Kásler* assume un ruolo fondamentale, in quanto rappresenta una risposta chiara all'interrogativo, da sempre sollevato dalla disciplina delle clausole abusive inserite nei contratti stipulati con i consumatori, ma non compiutamente valutato dalla precedente giurisprudenza comunitaria, della sorte del rapporto nel caso di nullità di una sua parte

essenziale²⁸³. In essa, pur mantenendosi fermo il principio per cui deve, in linea di massima, preferirsi la pura e semplice disapplicazione della pattuizione vessatoria, il giudice comunitario apre a soluzioni più rispettose della *ratio* della Direttiva 1993/13/CE, ammettendo la possibilità di un intervento integrativo del giudice con norme dispositive, finalizzato a garantire la sopravvivenza di quel rapporto impossibilitato, altrimenti, a sopravvivere. Con ciò, però, mantenendo ferma l'originaria diffidenza per una correzione lasciata alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria, con la quale, si ritiene, si “*incorrerebbe nei rischi dell'imprevedibilità (per le parti) e dello snaturamento delle scelte dell'autonomia privata*”²⁸⁴.

3.3 La sentenza *Unicaja Banco e Caixabank*

L'approdo interpretativo cui giunge la Corte di Giustizia nella sentenza *Kásler* è poi ulteriormente riconfermato da una recentissima pronuncia, la sentenza *Unicaja Banco e Caixabank*²⁸⁵, la quale ripercorre e cristallizza in maniera definitiva le argomentazioni utilizzate a sostegno delle decisioni precedenti in merito.

La questione pregiudiziale era stata sollevata nell'ambito di varie controversie, aventi ad oggetto la riscossione di debiti non pagati

²⁸³A. D'ADDA, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*, in “*Diritto civile contemporaneo*”, aprile/giugno 2014

²⁸⁴*Ibidem*, 2014

²⁸⁵C. Giust. UE, sentenza 21 gennaio 2015, cause riunite C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, Pres. A. Tizzano, Avv. Gen. N. Wahl, *Unicaja Banco SA c. José Hidalgo Rueda, María del Carmen Vega Martín, Gestion Patrimonial Hive SL, Francisco Antonio Lopez Reina, Rosa María Hidalgo Vega* (C-482/13), e *Caixabank SA c. Manuel María Rueda Ledesma*, (C-484/13), *Rosario Mesa Mesa* (C-484/13), *José Labella Crespo*, (C-485/13), *Rosario Marquez Rodríguez*, (C-485/13), *Rafael Gallardo Salvat*, (C-485/13), *Manuela Marquez Rodríguez* (C-485/13), *Alberto Galan Luna*, (C-487/13), *Domingo Galan Luna* (C-487/13), in “*Nuova Giurisprudenza Civile commentata*”, 2015, 5, pp. 423 ss.

derivanti da contratti di mutuo ipotecario, stipulati tra due banche spagnole, la Unicaja Banco SA e la Caixabank SA, e una serie di contraenti diversi. Il giudice del rinvio, al quale erano state presentate, da parte dei due istituti di credito, alcune domande di esecuzione forzata sugli importi dovuti in applicazione dei tassi di interesse di mora previsti dai contratti, aveva constatato il carattere abusivo delle clausole relative a tali tassi di interesse di mora, nonché di quelle relative alla loro applicazione al capitale la cui esigibilità anticipata era dovuta al ritardo del pagamento. Al contempo, tuttavia, egli avanzava dei dubbi in merito alle conseguenze da trarre dal carattere vessatorio di simili pattuizioni, alla luce della seconda disposizione transitoria della *Ley n° 1/2013 de Protección al Deudor Hipotecario, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social*, la quale stabiliva l'obbligo del giudice dell'esecuzione di ricalcolare l'importo del tasso di interesse di mora, qualora questo fosse stato superiore al limite previsto dalla legge, fissato nel triplo del tasso di interesse legale.

Poste queste premesse, lo Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Marchena aveva sottoposto alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale *“se conformemente all'articolo 6, paragrafo 1, della Direttiva 1993/13/CE, e al fine di garantire la tutela dei consumatori e degli utenti secondo i principi di equivalenza e di effettività, un giudice nazionale, qualora accerti l'esistenza in un contratto di mutuo ipotecario di una clausola abusiva relativa agli interessi di mora, debba dichiarare tale clausola nulla e non vincolante o, al contrario, debba moderarne l'impatto concedendo all'esecutante o mutuante la possibilità di adeguare gli interessi”*.

L'approccio del giudice comunitario all'ennesima questione riguardante l'interpretazione della disposizione di cui all'articolo 6 della Direttiva 1993/13/CE è lo stesso utilizzato nelle sentenze *Banco Español de Crédito, Asbeek Brusse e Kásler*.

La Corte delinea di nuovo e molto lucidamente il quadro delle alternative a disposizione dell'autorità giudiziaria che si trovi di fronte all'accertamento del carattere abusivo di una parte del contenuto di un contratto, stipulato tra un professionista e un consumatore, sottoposto alla sua valutazione.

La preferenza assoluta si ritiene che debba essere data alla pura e semplice disapplicazione della clausola vessatoria, in modo tale da garantire che questa non possa produrre effetti vincolanti nei confronti del contraente in posizione di debolezza. Infatti, tale modifica è la sola idonea a garantire che l'articolo 7 della Direttiva 1993/13/CE persegua il suo obiettivo dissuasivo l'inserimento di pattuizioni abusive nei contratti, dato che la possibilità di una correzione giudiziale del suo contenuto potrebbe spingere i professionisti ad utilizzarle comunque, “*consapevoli che quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato*” (punto n° 31).

La Corte è, quindi, fermamente convinta che mitigare la clausola, anziché semplicemente eliminarla dal regolamento negoziale, produrrebbe “*il perverso risultato di continuare ad esporre il consumatore agli effetti di questa: sicché il rivedere giudizialmente il contratto, in quanto non protegge satisfattivamente il consumatore, è visto come un modo che induce il professionista a non desistere dal vessare*”²⁸⁶.

La Corte ha, però, cura di precisare, in linea con quanto stabilito in occasione della sentenza *Kásler*, che non può escludersi in assoluto la configurabilità di un potere integrativo del giudice, seppure non discrezionale, ma azionato per il tramite dell'applicazione di una disposizione di natura suppletiva.

La sua esplicazione, in particolare, potrà ipotizzarsi limitatamente ai

²⁸⁶S. PAGLIANTINI, *Il restatement della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti* (commento a Corte Giust. UE, grande sez., 18.12.2014, causa C-364/13, Corte Giust. UE, 21.1.2015, cause riunite C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13), in “*Nuova Giurisprudenza Civile commentata*”, 2015, 5, pp. 423 ss.

casi in cui *“l’invalidazione della clausola abusiva obbligherebbe il giudice ad annullare il contratto nel suo insieme, esponendo così il consumatore a conseguenze tali da esserne penalizzato”* (punto n°33)²⁸⁷. In altri termini, posto che la Direttiva 1993/13/CE *“ha come scopo la protezione di un interesse al contratto e non al recesso [...] la funzione integrativa del diritto dispositivo è destinata a riespandersi quando la disapplicazione pura della clausola finirebbe per determinare l’inefficacia del contratto, esponendo così il consumatore ad una tutela che ... non lo protegge”*²⁸⁸.

4. Il dibattito italiano in tema di integrazione del contratto privato delle clausole abusive

Le decisioni della Corte di Giustizia, sopra esposte, sono state determinanti nell’orientare le posizioni della dottrina italiana con riferimento alle alternative integrative ammissibili del contratto, stipulato tra un professionista e un consumatore, della cui sopravvivenza, in mancanza di una o più clausole abusive in esso contenute, si discute.

Si è già precisato, nel corso della trattazione, come il legislatore italiano, nel recepimento della Direttiva 1993/13/CE, si sia orientato verso una nullità di protezione di tipo parziale, che colpisce il rapporto esclusivamente nella parte avente carattere vessatorio, garantendone la

²⁸⁷Nel caso di specie, la Corte conclude per una semplice disapplicazione della clausola abusiva, piuttosto che per una sua integrazione con il diritto dispositivo, poiché non veniva a realizzarsi la condizione indispensabile per il suo esplicarsi, ovvero la caduta integrale del contratto causata dalla soppressione di parte del suo contenuto. Infatti, contrariamente al caso *Kásler*, in questa situazione non sarebbe venuto meno il rapporto nella sua interezza, poiché il mutuo, amputato della clausola sugli interessi moratori, non cade.

²⁸⁸S. PAGLIANTINI, op. cit., 2015

conservazione per il resto. In questo modo, escludendo l'applicazione a tale fattispecie della previsione di cui all'articolo 1419 c.c., primo comma, in virtù della quale l'invalidità di singole clausole si estende all'intero contratto se risulta che *“i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto”*. La ragione di tale scelta è dettata dalla volontà di tutelare il consumatore, assicurandogli il riequilibrio delle posizioni rispetto al professionista, ma, al contempo, evitando che questi possa essere leso nel proprio interesse ad ottenere quell'utilità per il conseguimento della quale egli aveva stipulato.

Pertanto, posta questa opzione, in conformità con la normativa comunitaria, di limitare l'operatività del rimedio alla sola parte del contratto affetta da nullità, si è posto il problema del suo mantenimento in vita a fronte di pattuizioni abusive aventi carattere essenziale e qualificante. Infatti, qualora il rapporto negoziale, non essendo più in grado di conservarsi decurtato di quella porzione del suo contenuto, decada totalmente, si rischia di contravvenire all'obiettivo della disciplina a protezione del contraente in posizione di debolezza, la quale opera solamente a suo vantaggio.

Nel tentativo di evitare la strada, altrimenti obbligata, dell'eliminazione dell'intero contratto, è sorto un dibattito nella dottrina relativamente alla possibilità ed, eventualmente, alle modalità, della sua integrazione, finalizzata alla sua salvezza, in mancanza di una previsione esplicita in tal senso sia nella regolamentazione comunitaria, che in quella italiana. Scartata l'opzione di un'integrazione cogente, attuata, ai sensi degli articoli 1339 c.c. e 1419, secondo comma, c.c., di diritto e per il tramite di norme imperative, dato che non è il contrasto con esse a determinare la vessatorietà della pattuizione negoziale²⁸⁹, la discussione si è incentrata specificamente su due ricostruzioni di segno opposto, di seguito esposte, trovando, oggi, una composizione per il tramite delle recenti sentenze della Corte di Giustizia che hanno

²⁸⁹Come già precisato nel capitolo primo, paragrafo 3.4, di questa trattazione.

affrontato la questione.

4.1 L'esclusione della correzione giudiziale

Una prima impostazione ritiene che sia ammissibile un intervento integrativo del contratto, privato delle clausole abusive, avente lo scopo di garantirne la salvezza “*per il resto*”, lasciato all'iniziativa e alla discrezionalità dell'autorità giudiziaria²⁹⁰.

Varie sono state le argomentazioni che la dottrina ha messo in campo per sostenere tale soluzione.

Anzitutto, si è fatto leva sulla considerazione per cui essa sarebbe, talvolta, l'unico strumento effettivamente in grado di prevenire la completa caducazione del rapporto nell'interesse del consumatore.

Altri autori, in maniera più significativa, si sono concentrati sulla *ratio* della normativa in tema di clausole vessatorie, che consiste nella repressione dell'abuso che consegue all'esercizio unilaterale, da parte del professionista, del potere di determinare il contenuto del contratto. Si ritiene, infatti, che il riconoscimento di una prerogativa correttiva in capo all'autorità giudiziaria sarebbe in linea con la tendenza recente del legislatore nazionale ad un controllo sempre più stringente sull'equilibrio del negozio, in virtù della quale la riscrittura giudiziale del contratto sarebbe ravvisabile “*in ogni fattispecie in cui il negozio contempli patti che realizzino «abusi di autonomia contrattuale»*”²⁹¹. Questa visione parte dalla riflessione secondo cui è al giudice che

²⁹⁰Un tale potere troverebbe la propria radice nella disposizione di cui all'articolo 1374 c.c., rubricato, non a caso, “*integrazione del contratto*”, in virtù della quale “*il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità*”.

²⁹¹A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 279

viene attribuito il compito di accertare il carattere abusivo di quelle pattuizioni contrattuali, la cui eliminazione dal regolamento negoziale è indispensabile a garantire il ribilanciamento delle posizioni delle parti, cui l'ordinamento mira.

Nell'espletamento di tale compito, l'autorità giudiziaria, che è orientata non da norme inderogabili, ma da clausole generali, deve raffigurarsi quale sarebbe dovuto essere il contenuto del contratto che il consumatore, se avesse potuto negoziare, avrebbe razionalmente accettato e, così facendo, ricostruisce un regolamento equo, suscettibile di essere utilizzato in funzione sostitutiva. Pertanto, *“sarebbe la sempre più marcata autonomia del giudicante nella valutazione dei patti da disapprovare a legittimare l'idea che chi è chiamato a valutare la natura iniqua del patto abbia altresì gli strumenti per ricostruire il regolamento equo”*²⁹², indipendentemente da una espressa previsione del legislatore in tal senso.

A queste riflessioni, poi, si aggiungerebbero le interessanti indicazioni in merito all'adattamento giudiziale dei patti abusivi emergenti dai progetti di codificazione del diritto europeo dei contratti.

In particolare, assumerebbe rilievo l'articolo 3.10 dei Principi Unidroit, all'interno del quale si stabilisce che *“il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio”*, nonché l'articolo 4:109 dei Principles of European Contract Law (PECL), sostanzialmente riprodotto nell'ambito del Draft Common Frame of Reference (DCFR) dall'articolo 7:207, che prevede che *“il giudice può, ove il rimedio sia inadeguato, modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza”*²⁹³.

²⁹²*Idem*, p. 284

²⁹³S. GUADAGNO, *Squilibrio contrattuale: profili rimediali e intervento correttivo del giudice*, in *“Nuova Giurisprudenza Civile Commentata”*, 2015, 12, pp. 744

Questa ricostruzione ha, tuttavia, impattato con la posizione della Corte di Giustizia, nettamente contraria ad ammettere la possibilità del giudice nazionale di integrare, sulla base di una valutazione discrezionale, fondata sull'equità, il contenuto del contratto privato delle clausole abusive. E, d'altronde, numerose erano le perplessità che, in conformità con l'indirizzo del giudice comunitario, altra parte della dottrina aveva avanzato relativamente ad una simile forma di correzione del regolamento negoziale.

In primo luogo, come già anche precisato in precedenza²⁹⁴, si temeva che, consentendo al giudice di integrare il contratto, si sarebbe potuta determinare non solo una grave incertezza sul contenuto delle negoziazioni, trattandosi di rapporti replicati in serie e, dunque, coinvolgenti un numero amplissimo di soggetti, ma anche un'eccessiva ingerenza nella sfera dell'autonomia privata dei contraenti.

Inoltre, non era mancato chi aveva evidenziato come non vi sarebbe stato nemmeno spazio per tale tipo di correzione giudiziale, in particolare per quella realizzata a mezzo dell'equità, nell'ambito del sistema giuridico italiano, data la previsione di cui all'articolo 1374 c.c., la quale ne subordina l'esplicarsi all'assenza di una regola legale. Il che significa che *“ove una norma dispositiva sia presente”*, com'è nel caso, qui in esame, della normativa in materia di clausole abusive, *“sarà comunque questa a dover fungere da fonte di integrazione del contratto, e non già l'equità”*²⁹⁵.

SS.

²⁹⁴Si veda in particolare il paragrafo 3.1 del presente capitolo.

²⁹⁵G. D'AMICO, op. cit., p. 234

4.2 L'integrazione per il tramite del diritto dispositivo

La Corte di Giustizia, prendendo una posizione favorevole relativamente all'integrazione del contratto per il tramite del diritto dispositivo, seppur nel solo caso in cui ciò sia necessario a garantirne la sopravvivenza, operando, nelle altre ipotesi, la regola della pura disapplicazione della clausola abusiva, ha confermato un orientamento in qualche modo già consolidato nell'ambito della dottrina italiana. Esso è il frutto di un'evoluzione rispetto a quella che era la visione classica, avviatasi a partire dall'introduzione nell'ordinamento italiano della fattispecie della nullità di protezione, le cui peculiarità, scontrandosi con i caratteri propri delle nullità di diritto comune, spinsero gli interpreti a rivedere alcuni aspetti dell'originario impianto codicistico, tra cui spicca, per quello che qui interessa, il tema dell'integrazione del contratto.

Tradizionalmente, infatti, si affiancavano due forme di integrazione del rapporto negoziale: quella cogente, realizzata esclusivamente per il tramite di norme imperative e quella suppletiva, realizzata attraverso il diritto dispositivo. Questa distinzione si fondava sull'assunto per cui solamente la violazione di disposizioni aventi carattere imperativo avrebbe potuto determinare la nullità del patto, la quale, invece, non si sarebbe potuta configurare a fronte dell'inosservanza di discipline dispositive, per loro natura derogabili dall'autonomia privata²⁹⁶.

Con l'adozione della Direttiva 1993/13/CE questo quadro viene ad essere turbato dall'introduzione di forme di nullità che, essendo causate *“non dal contrasto tra il regolamento pattizio e i valori superiori dell'ordinamento (secondo la logica tradizionale della illiceità), ma dall'abuso della libertà contrattuale consumato dall'impresa predisponente a nocimento del consumatore aderente e in offesa alla*

²⁹⁶Idem, pp. 215 ss.

*concorrenzialità del mercato*²⁹⁷, venivano comminate per la violazione di norme non imperative, ma, piuttosto, dispositive.

La ragione giustificativa di questa apparente contraddizione, per cui è invalido il patto che viola una norma che le parti possono astrattamente disattendere, si trova nella considerazione in virtù della quale la derogabilità al diritto dispositivo è incondizionata solo qualora vi sia simmetria di potere contrattuale tra gli stipulanti. Perciò, nel caso in cui, come avviene per le nullità di protezione, si sia in presenza di una forma di contrattazione unilateralmente gestita da una parte, la possibilità di contravvenire a tale normativa è ammessa solo finché ciò non comporti un'alterazione dell'equilibrio delle reciproche posizioni. In altri termini, *“l'abusività della clausola dipende dalla intensità della deroga (in linea di principio consentita): a tal punto spinta da determinare, in contrasto con i canoni della buona fede, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto”*²⁹⁸.

Stando così le cose, quando il legislatore lascia spazio al libero dispiegarsi dell'autonomia privata, ma *“a condizione che non si vada oltre certi limiti, o che siano rispettate determinate forme”*²⁹⁹, nell'ipotesi in cui il patto vada oltre quei confini tracciati e, quindi, la deroga alle norme aventi carattere dispositivo appaia iniqua, si ritiene perfettamente ammissibile la loro utilizzazione al fine di integrare il vuoto, creatosi dall'eliminazione di tali clausole.

Conclusivamente, è possibile sostenere che la novità fondamentale che il recepimento della Direttiva 1993/13/CE, prima e gli interventi della Corte di Giustizia, poi, hanno introdotto nell'ordinamento italiano consiste nell'aver determinato l'emergere di una forma di integrazione

²⁹⁷F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *“Contratto e Impresa”*, 2006, 3, pp. 673 ss.

²⁹⁸*Ibidem*, 2006

²⁹⁹G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, p. 13

cogente, originariamente sconosciuta nel sistema codicistico, attuata per il tramite di norme dispositive. Ciò, nello specifico, in mancanza di un espresso riferimento nella Direttiva o nel Codice del consumo, grazie ad una lettura evolutiva della regola di cui all'articolo 1374 c.c., che tiene conto del fatto che esistono nuove forme di invalidità, comminate per la violazione di norme non aventi natura imperativa, ma originatesi da deroghe abusive al diritto dispositivo.

Di conseguenza, si assiste ad un ampliamento dello spazio operativo della disposizione, allargatosi sino a ricomprendere non solo l'ipotesi del completamento di lacune contrattuali originarie, ma anche l'integrazione di quelle sopravvenute a seguito dell'espunzione della clausola vessatoria.

Pertanto, non può non rilevarsi come le conclusioni cui arriva la Corte di Giustizia, nelle ultime sentenze sul tema, sopra esaminate, si inseriscano *“in una spiccata coloritura rimediale dell'integrazione, coll'effetto di rimando per l'interprete italiano di un ripensamento dell'art. 1374 cod. civ., trasformato in un'appendice del diritto del consumatore ad un rimedio che davvero soddisfi il suo bisogno di tutela”*³⁰⁰.

³⁰⁰S. PAGLIANTINI, op. cit., 2015

Conclusioni

Nel corso della trattazione, si è riusciti a delineare il quadro dell'influenza che il diritto comunitario ha esercitato sui sistemi processuali interni, e nello specifico su quello italiano, per quanto riguarda la tutela giurisdizionale dei consumatori, protetti rispetto all'inserimento, nei contratti da questi stipulati con soggetti professionali, di clausole dal tenore abusivo.

Nonostante la scelta della Direttiva 1993/13/CE per un'armonizzazione solo parziale delle legislazioni nazionali, in linea di principio vincolate semplicemente a conformarsi a *standards* minimi di protezione, ma libere di innalzarne il livello mediante disposizioni più severe, la linea di intervento della Corte di Giustizia è stata, per contro, marcatamente invasiva. Sul presupposto che la tutela conferita dalla normativa europea ai contraenti in posizione strutturale di debolezza non potrebbe essere conseguita in mancanza di un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto, il giudice comunitario è arrivato a riconoscere un vero e proprio obbligo dell'autorità giudiziaria nazionale di rilevare d'ufficio il carattere abusivo delle clausole contrattuali.

A ciò è seguita l'affermazione della possibilità di un'integrazione, attuata per il tramite del diritto dispositivo derogato dalle parti, del vuoto lasciato dall'eliminazione della pattuizione vessatoria, determinante a garantire la sopravvivenza del rapporto negoziale, a sua volta indispensabile per perseguire l'obiettivo di tutela cui la disciplina mira.

In questa operazione condotta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sugli ordinamenti processuali degli Stati membri, il protagonista è stato il principio di effettività, che è stato utilizzato specificamente al fine di riempire le numerose lacune strumentali lasciate dalla Direttiva. La necessità che siano previste delle strade

normative ben determinate per garantire l'effettività della disciplina a tutela del consumatore, ha, infatti, spinto la Corte ad intromettersi per indicarle, nonostante il rischio “*di tracimare in maniera evidente nel potere dei legislatori nazionali*”³⁰¹.

E, di fatto, non può negarsi che questo “pericolo” si sia concretizzato. Basta, a tale proposito, prendere l'esempio dell'Italia, sul quale si è concentrata l'attenzione nel corso del lavoro: sull'onda della pressione esercitata dalla giurisprudenza comunitaria, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno di recente riconosciuto espressamente un dovere del giudice di rilevare la nullità a protezione del consumatore, nonostante i dubbi che, per moltissimo tempo, erano stati nutriti in merito, a causa del carattere relativo della legittimazione a sollevare la relativa azione.

La conclusione che può trarsi è che, pur a fronte dell'affermata autonomia processuale degli Stati membri, si sta assistendo al compimento, da parte della Corte di Giustizia, di un'opera di “*armonizzazione nascosta dei diritti nazionali in materia di clausole abusive*”³⁰². Dal carattere indubbiamente frammentario, poiché l'evoluzione non si svolge secondo linee predeterminate, ma secondo un intricato percorso incrementale, secondo il quale le nuove soluzioni di volta in volta delineate si affiancano a quelle, lasciate inalterate, del passato. In questo senso, “*il sistema processuale di derivazione comunitaria non è un edificio che progressivamente si riempie e si definisce nelle funzioni attribuite a ciascuna sua parte, bensì un serpentone multicolorato che si allunga ad ogni intervento*”³⁰³.

³⁰¹C. CASTRONOVO, *Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo*, in “*Europa e diritto privato*”, 2013, 4, pp. 905 ss.

³⁰²S. PAGLIANTINI, op. cit., 2015

³⁰³M. C. PAGLIETTI- V. ZENO ZENCOVICH, *Verso un “diritto processuale dei consumatori”?*, in “*Nuova Giurisprudenza Civile commentata*”, 2009, 6, pp. 251 ss.

Posto questo e premettendo che vi sono dei segnali, emergenti, se non altro, dalle ultimissime decisioni sul tema, che fanno ritenere che tale linea di tendenza non si esaurirà a breve, rimane da chiedersi se una simile ingerenza comunitaria nella disciplina processuale degli Stati membri sia opportuna.

Io penso che la risposta a questa domanda possa essere tendenzialmente affermativa.

Ciò considerando le peculiarità della normativa posta a tutela dei consumatori e la delicatezza delle questioni, soprattutto in merito all'effettività della protezione ad essi garantita, che possono sorgere dal suo inserimento in ordinamenti giuridici diversi tra loro. Menzionando il caso italiano, numerosissime sono state le difficoltà che già a livello sostanziale si sono manifestate nell'inserire, all'interno del tessuto normativo, la nuova fattispecie della nullità di protezione, comminata a fronte di pattuizioni contrattuali aventi natura abusiva, in ragione delle sue peculiarità rispetto alle invalidità codicistiche. Tali problematiche si sono poi riversate sul profilo della tutela giurisdizionale, con il rischio che le perplessità, generatesi anche da una formulazione non sempre chiara e, in certi casi, incompleta della Direttiva, compromettessero il raggiungimento dello scopo di protezione del consumatore cui essa stessa è finalizzata. In questo senso, la giurisprudenza, un po' invasiva, della Corte di Giustizia ha svolto un ruolo importantissimo di guida per gli Stati membri, nella direzione di assicurare quell'effettivo esplicarsi dei diritti di matrice comunitaria che la disomogeneità dei sistemi processuali interni avrebbe potuto danneggiare.

Allo stesso tempo, tuttavia, questa conclusione non può dirsi priva di ombre e, non a caso, ho poc'anzi parlato di una risposta "tendenzialmente affermativa". D'altronde, non può non guardarsi con un po' di dubbio ad un sistema che se, da un lato, sulla carta, vincola gli ordinamenti nazionali semplicemente ad un'armonizzazione

minima, verso il basso, dall'altro, brandendo il vessillo del principio di effettività della tutela, contrasta con le discipline che sono state adottate proprio in conformità con tale regola.

Pertanto, si rimette al legislatore comunitario la valutazione sull'opportunità, per il futuro, di un intervento volto a tradurre in normativa questa tendenza della Corte di Giustizia, la quale, sul piano fattuale, sostanzialmente ne sconfessa le scelte.

A questo punto, non resta che aspettare.

Bibliografia

ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, Jovene, 2003

ALESSI R., *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brusse*, in *www.juscivile.it*, 2013, 2, pp. 388 ss.

ALESSI R., *Nullità di protezione e poteri del giudice tra corte di giustizia e sezioni unite della Corte di Cassazione*, in *“Europa e diritto privato”*, 2014, 4, pp. 1141 ss.

ALPA G., *Le clausole arbitrali nei contratti del consumatore*, in *“Rivista dell'arbitrato”*, 2006, 4, pp. 619 ss.

ALPA G., *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Bari, Laterza, 2007

AMATO F., *Risoluzione, rescissione, annullamento di un contratto nullo?*, in *“Giurisprudenza italiana”*, 1971, 1, pp. 443 ss.

ARDUINI A., *La nullità di protezione tra legittimazione relativa all'azione e rilevabilità d'ufficio condizionata*, in *“Obbligazioni e contratti”*, 2012, 10, pp. 691 ss.

AZZARRI F., *Integrazione delle fonti ed effettività delle tutele nella vendita dei beni di consumo* (Corte di Giustizia UE, sez. 1., 4 giugno 2015), in *“Contratti”*, 2015, 12, pp. 1077 ss.

BILÒ G., *Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore*, in *“Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”*, 2011, 2, pp. 483 ss.

BONFILIO A. - MARICONDA V., *Il recupero del contratto nullo*, in *“Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale”* fondata da W. Bigiavi, *“I contratti in generale”* a cura di G. Alpa e M. Bessone, IV, 1, Torino, 1991, pp. 519 ss.

BONFIGLIO G., *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *“Rivista di diritto privato”*, 2004, 4, pp. 861 ss.

BOVE M., *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, in *“Giurisprudenza Italiana”*, 2015, 6, pp. 1387 ss.

CARATTA A., *Libertà fondamentali del Trattato dell'Unione Europea e processo civile*, in “*Rivista di diritto processuale*”, 2015, 6, pp. 1399 ss.

CARBONE V., *Risoluzione del contratto e rilevabilità d'ufficio della nullità*, in “*Corriere Giuridico*”, 2012, 11, pp. 1289 ss.

CASTRONOVO C., *Armonizzazione senza codificazione. La penetrazione asfittica del diritto europeo*, in “*Europa e diritto privato*”, 2013, 4, pp. 905 ss.

CONSOLO C. - GODIO F., *Patologia del contratto e (modi dell')accertamento processuale*, in “*Corriere Giuridico*”, 2015, 2, pp. 225 ss.

CONTI R., *C'era una volta il...giudicato. Corte di giustizia, sez. I, 6 ottobre 2009, n. C-40/08*, in “*Corriere giuridico*”, 2010, 2, pp. 170 ss.

CONTI R.- FOGLIA R., *Credito al consumo, clausole abusive e termine di decadenza*, in “*Il Corriere giuridico*”, 2003, 2, pp. 254 ss.

CORSINI F., *Rilevabilità di ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in “*Rivista di diritto civile*”, 2004, 5, pp. 667 ss.

COSCO G., *L'incidenza delle clausole abusive e delle pratiche commerciali sleali sulla sorte del contratto individuale* (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 15 marzo 2012, C. 453/10) / [Commento a], in “*Contratti*”, 2012, pp. 661 ss.

D'ADDA A., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, CEDAM, 2008

D'ADDA A., *Invalidità dei patti abusivi, correzione legale del contratto e disciplina della nullità parziale*, in “*Obbligazioni e Contratti*”, 2008, 6, p. 487 ss.

D'ADDA A., *Nullità parziale ed integrazione del contratto con regole dispositive*, in “*Le forme della nullità*”, a cura di S. Pagliantini, Torino, Giappichelli, 2009

D'ADDA A., *Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto* (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 14 giugno 2012, n° 618/10), in “*Contratti*”, 2013, 2, pp. 16 ss.

D'ADDA A., *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della*

clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva, in “*Diritto civile contemporaneo*”, aprile/giugno 2014

D'ALESSANDRO E., *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c.p.c.*, in “*Rivista dell'arbitrato*”, 2006, 4, pp. 673 ss.

D'ALESSANDRO E., *La Corte di giustizia sancisce il dovere, per il giudice nazionale, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*, in “*Rivista dell'arbitrato*”, 2009, 4, pp. 667 ss.

D'ALESSANDRO E., *Le Sezioni unite compongono il contrasto giurisprudenziale riguardante la rilevabilità ex officio della nullità del contratto nell'ambito del processo intentato per ottenerne la risoluzione. Il punto di vista del processual-civilista*, in “*Giurisprudenza Italiana*”, 2013, 4, pp. 907 ss.

D'AMICO G., *Nullità virtuale-nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in “*Le forme della nullità*”, a cura di S. Pagliantini, Torino, Giappichelli, 2009

D'AMICO G., *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in “*Nullità per abuso ed integrazione del contratto*”, a cura di G. D'Amico- S. Pagliantini, Torino, Giappichelli, 2013

DANIELE L., *Direttiva per la tutela dei consumatori e poteri d'ufficio del giudice nazionale*, in “*Il diritto dell'Unione Europea*”, 2011, 3, pp. 683 ss.

DE CRISTOFARO Z., *Commentario breve al diritto dei consumatori: Codice del consumo e legislazione complementare*, Padova, CEDAM, 2013

DE NOVA G., *Il contratto ha forza di legge*, Milano, Led Edizioni Universitarie, 1993

DI MARZIO F., *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in “*Contratto e Impresa*”, 2006, 3, pp. 673 ss.

FARINA M., *Brevi osservazioni “a caldo” sull’atteso (ma tutto sommato, solo parziale) responso delle Sezioni Unite sui limiti della rilevabilità officiosa della nullità del contratto*, in www.judicium.it, 2012, 4.

FEDERICO A., *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in “Le forme della nullità”, a cura di S. Pagliantini, Torino, Giappichelli, 2009

FILANTI G., *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, Jovene, 1983

FOGLIA R. - SAGGIO A., *Foro competente nei contratti con i consumatori*, in “*Il Corriere giuridico*”, 2000, 12, pp. 1658 ss.

FORNASARI R., *Il rilievo officioso della nullità: un presidio a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento*, in “*Danno e Responsabilità*”, 2015, 6, pp. 592 ss.

GALGANO F., *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in “*Contratto e impresa*”, 1987, pp. 531 ss.

GENTILI A., *La “nullità di protezione”*, in “Le tutele contrattuali e diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo”, a cura di Salvatore Mazzamuto, Napoli, Jovene, 2012

GHIGLIOTTI G., *Nullità, rilevabilità d'ufficio e limiti della domanda: principi sostanziali e processuali a confronto [Nota a Cass. sez. II civ. 29 luglio 2008, n. 20560]*, in “*Obbligazioni e contratti*”, 2009, 8/9, pp. 698 ss.

GIORDANO A., *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio. Riflessioni sulle pronunce 'a sorpresa' alla luce del nuovo art. 101 comma 2, cod. proc. civ.*, in www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com, V, 2012, pp. 1 ss.

GIROLAMI M., *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus nel sistema dell'invalidità negoziale*, in “Le forme della nullità”, a cura di S. Pagliantini, Torino, Giappichelli, 2009

GRASSO G., *La disciplina dell'invalidità nei principi di diritto europeo dei contratti*, Napoli, Jovene, 2005

GRAZIUSO E., *La tutela del consumatore contro le clausole abusive*, Milano, Giuffrè, 2010

GUADAGNO S., *Squilibrio contrattuale: profili rimediali e intervento correttivo del giudice*, in “*Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*”, 2015, 12, pp. 744 ss.

GUERINONI E., *I contratti del consumatore. Principi e regole*, Torino, Giappichelli, 2011

IRTI N., *Risoluzione di un contratto nullo?*, in “*Foro padano*”, 1971, I, pp. 741 ss.

KLESTA L., *Corte di Giustizia delle Comunità Europee (1° gennaio 2000- 30 settembre 2000)*, in “*Nuova giurisprudenza civile commentata*”, 2001, 3, pp. 195 ss.

LAGHEZZA P., *Rilevabilità d'ufficio delle nullità del contratto: la svolta delle Sezioni Unite*, in “*Danno e Responsabilità*”, 2013, 3, pp. 273 ss.

LA CHINA S., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, volume XIX, Torino, Utet, 1985

LO SCHIAVO G., *La Corte di Giustizia ridimensiona progressivamente il principio nazionale di cosa giudicata*, in “*Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*”, 2010, 1, pp. 287 ss.

MARINO G., *Scorrettezza della pratica ed abusività della clausola nella disciplina del contratto del consumatore*, in “*Contratto e impresa/Europa*”, 2014, pp. 137 ss.

MASSETANI G., *Ingiustificate limitazioni alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in “*Foro italiano*”, 1989, I, pp. 1938 ss.

MAZZAMUTO S., *Il contratto di diritto europeo*, Torino, Giappichelli 2015

MILIZIA G., *Il giudice può sostituire la clausola vessatoria del mutuo nulla con una norma suppletiva*, in “*Diritto e giustizia*”, 2014, 1, pp. 17 ss.

MONTANARI M., *Impugnazione del lodo per vessatorietà della clausola arbitrale: inammissibilità di preclusioni (nota a sent.: C.giust.CE. sez. 1, 26 ottobre 2006, C-168/05)*, in “*Int'l Lis*”, 2007, 2, pp. 64 ss.

MONTICELLI S., *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in “*Rivista di diritto civile*”, 1990, II, pp. 669 ss.

MONTICELLI S., *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, Cedam, 1995

MONTICELLI S., *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in “*Rivista di diritto privato*”, 2002, 4, pp. 685 ss.

MONTICELLI S., *Limiti sostanziali e processuali al potere del giudicante ex art. 1421 c.c. e le nullità contrattuali*, in “Giustizia civile”, 2003, 7/8, pp. 295 ss.

MONTICELLI S., *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo atto della corte di giustizia (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sez. 4., 4 giugno 2009) / [Commento a]*, in “Contratti”, 2009, 12, pp. 1115 ss.

MORETTI L., *La rilevabilità d'ufficio della nullità*, in “Giurisprudenza Italiana”, 2014, 8/9, pp. 2047 ss.

NARDI S., *Risoluzione di contratto nullo e rilevabilità d'ufficio della nullità*, in “Nuova giurisprudenza civile commentata”, 2009, 3, pp. 201 ss.

ORESTANO A., *Rilevabilità di ufficio della vessatorietà delle clausole*, in “Europa e diritto privato”, 2000, 4, pp. 1179 ss.

PAGLIANTINI S., *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, in “Rivista di diritto civile”, 2011, 6, pp. 753 ss.

PAGLIANTINI S., *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in “Rivista di diritto civile”, 2012, 3, pp. 291 ss.

PAGLIANTINI S., *L'interpretazione più favorevole per il consumatore ed i poteri del giudice*, in “Rivista di diritto civile”, 2012, pp. 291 ss.

PAGLIANTINI S., *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: “Eppur si muove”?*, in “Contratti”, 2012, 11, pp. 869 ss.

PAGLIANTINI S., *A proposito dell'ordinanza interlocutoria 21803/2012 e dintorni: rilievo d'ufficio della nullità all'ultimo atto?*, in “Corriere Giuridico”, 2013, 2, pp. 174 ss.

PAGLIANTINI S., *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in “Contratti”, 2013, 4, pp. 406 ss.

PAGLIANTINI S., *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in “Contratti”, 2015, 2, pp. 113 ss.

PAGLIANTINI S., *Il restatement della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti (commento a Corte Giust. UE, grande sez.,*

18.12.2014, causa C-364/13, Corte Giust. UE, 21.1.2015, cause riunite C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13), in “*Nuova Giurisprudenza Civile commentata*”, 2015, 5, pp. 423 ss.

PAGLIETTI M. C. - ZENO ZENCOVICH V., *Verso un “diritto processuale dei consumatori”?*, in “*Nuova Giurisprudenza Civile commentata*”, 2009, 6, pp. 251 ss.

PAGNI I., *Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in “*Giurisprudenza Italiana*”, 2015, 1, pp. 71 ss.

PAROLA F., *Rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in “*Obbligazioni e contratti*”, 2006, 8/9, pp. 727 ss.

PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, Milano, Giuffrè, 1995

PASSAGNOLI G., *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in “*Obbligazioni e contratti*”, 2012, 6, pp. 409 ss.

PASSARELLA A., *Rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in “*Contratti*”, 2013, 2, pp. 81 ss.

PATTI F. P., *Oltre il caso 'Pannon': poteri istruttori del giudice e tutela del consumatore* (Corte di giustizia dell'unione europea, grande sezione, 9 novembre 2010, causa C- 137/2008) / [Commento a], in “*Contratti*”, 2011, 2, pp. 113 ss.

PATTI F. P., *Sul controllo di vessatorietà delle clausole nei contratti dei consumatori: ruolo del giudice e criteri di valutazione* (Commento a Trib. Genova, 14.2.2013), in “*Nuova giurisprudenza civile commentata*”, 2013, 6, pp. 1062 ss.

PATTI F. P., *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto* (Arbitrato bancario finanziario, collegio di Roma, ord. 23 maggio 2014, n. 3415)/ [Commento a], in “*Contratti*”, 2014, 8/9, pp. 737 ss.

PATTI S., *La disponibilità delle prove*, in “*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*”, 2011, 1, pp. 75 ss.

PICCIANO I., *Osservatorio comunitario*, in “*Contratti*”, 2009, 8/9, pp. 850 ss.

PICCIANO I., *Osservatorio comunitario*, in “*Contratti*”, 2012, pp. 541 ss.

- PICCIANO I., *Osservatorio comunitario*, in “*Contratti*”, 2013, 8/9, pp. 857 ss.
- PIROVANO M., *Rilevabilità d'ufficio della nullità e domanda di risoluzione*, in “*Contratti*”, 2011, 7, pp. 677 ss.
- PODDIGHE E., *La disciplina delle clausole vessatorie*, Milano, Giuffrè, 2000
- POLIDORI S., *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2001
- PROTO PISANI A., *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, Jovene, 2010
- RIZZO N., *Accertamento della nullità e azioni di impugnazione del contratto*, in “*Diritto civile contemporaneo*”, 15 marzo 2015
- RIZZO N., *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*, in “*Nuova giurisprudenza civile commentata*”, 2015, 4, pp. 315 ss.
- RIZZUTI M., *Il problema dei limiti alla rilevabilità ufficiosa delle nullità*, in “*Giurisprudenza Italiana*”, 2013, 2, pp. 300 ss.
- ROPPO E., *Il contratto*, Bologna, Il mulino, 1977
- ROSSOLILLO G., *L'osservatorio comunitario*, in “*Obbligazioni e Contratti*”, 2007, 1, pp. 85 ss.
- ROSSOLILLO G., *L'osservatorio comunitario*, in “*Obbligazioni e contratti*”, 2009, 8/9, pp. 755 ss.
- RUSSO D., *Nullità speciali e rilievo d'ufficio*, in “*PQM*”, 2013, 3, pp. 20 ss.
- RUSSO F., *La rilevabilità d'ufficio delle nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite (note in margine a Cass. sez. un. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014)*, in “*Diritto civile contemporaneo*”, 15 marzo 2015
- SACCO R., *Il contratto invalido*, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, in Trattato di diritto civile, (a cura di) R. Sacco, Torino, Utet, 2004, p. 559
- SAGGIO A., *Incidenza della giurisprudenza della Corte di Giustizia sulle norme processuali nazionali*, in “*Corriere giuridico*”, 2001, 1, pp. 114 ss.

SCALISI V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in “*Europa e diritto privato*”, 2001, pp. 489 ss.

SCAVONE F., *Le clausole abusive e gli effetti della declaratoria di nullità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea: il caso Kàsler c. OTP Jelzalogbank Zrt*, in “*Contratto e impresa/Europa*”, 2014, 2, pp. 875 ss.

SCOGNAMIGLIO C., *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in “*Nuova Giurisprudenza civile commentata*”, 2013, 1, pp. 28 ss.

SENIGAGLIA R., *Il problema del limite al potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità di protezione*, in “*Europa e diritto privato*”, 2010, 3, pp. 835 ss.

SIMONE P., *Tutela del consumatore e rilevanza d'ufficio delle clausole abusive (Corte di giustizia CE, 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 e C-244/98) / [Commento a]*, in “*Contratti*”, 2000, 10, pp. 943 ss.

SMORTO G., *Clausole abusive e diritti dei consumatori: raffronti comparatistici*, Padova, CEDAM, 2001

SPOTO G., *Il contratto e il potere correttivo del giudice*, Torino, Giappichelli, 2007

STOLFI G., *Sopra un caso di modificazione della domanda in corso di giudizio*, in “*Giurisprudenza italiana*”, 1948, 2, pp. 151 ss.

TIMPANO V., *La rinuncia alla garanzia fideiussoria da parte dell'acquirente di immobili da costruire*, in “*Clausole a rischio di nullità*”, a cura di G. De Nova, Padova, Cedam, 2009

TIZZANO A., *Il diritto privato dell'Unione Europea*, Torino, Giappichelli, 2000

TRSTENJAK V., *Procedural aspects of european consumer protection law and the case law of the CJEU*, in “*European review of private law*”, 2013, 2, pp. 451 ss.

VALLE L., *L'inefficacia delle clausole vessatorie e le nullità a tutela della parte debole del contratto*, in “*Contratto e impresa*”, 2005, 1, pp. 149 ss.

VALLE L., *L'inefficacia delle clausole vessatorie e il codice del*

consumo, in “*Contratto e impresa*”, 2006, 3, pp. 662 ss.

VALLE L., *La nullità delle clausole vessatorie: le pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea e il confronto con le altre nullità di protezione*, in “*Contratto e impresa*”, 2011, 6, pp. 1366 ss.

VALLE L., *La vessatorietà delle clausole, oltre la nullità parziale*, in “*Contratto e impresa/Europa*”, 2014, 1, pp. 100 ss.

Giurisprudenza comunitaria

C. Giust. CE, sentenza 1 giugno 1999, causa C-126/97, in *Foro italiano*, 1999, pp. 470 ss.

C. Giust. CE, sentenza 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 e C-244/98, in *Foro Italiano*, 2000, pp. 413 ss.

C. Giust. CE, sentenza 21 novembre 2002, causa C-473/2000, in *Foro Italiano*, 2003, pp. 16 ss.

C. Giust. CE, sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03, in Raccolta della giurisprudenza della Corte di Giustizia I- 5285

C. Giust. CE, sentenza 26 ottobre 2006, causa C-168/05, in *Foro Italiano*, 2007, pp. 373 ss.

C. Giust. CE, sentenza 4 giugno 2009, causa C-243/09, in *Foro Italiano*, 2009, pp. 489 ss.

C. Giust. CE, sentenza 6 ottobre 2009, causa C-40/08, in *Contratti*, 2009, pp. 1176 ss

C. Giust. CE, sentenza 9 novembre 2010, causa C-137/08, in *Obbligazioni e Contratti*, 2011, pp. 146 ss.

C. Giust. UE, sentenza 15 marzo 2012, causa C-453/10, in *Foro italiano*, 2013, pp. 171 ss.

C. Giust. UE, sentenza 14 giugno 2012, causa C-618/10, in *Foro*

italiano, 2013, pp. 170 ss.

C. Giust. UE, sentenza 21 febbraio 2013, causa C-472/11, in *Foro italiano*, 2014, pp. 5 ss.

C. Giust. UE, sentenza 30 maggio 2013, causa C-397/11, in *Foro italiano*, 2014, pp. 3 ss.

C. Giust. UE, sentenza 30 maggio 2013, causa C-488/11, in *Foro italiano*, 2014, pp. 3 ss.

C. Giust. UE, sentenza 30 aprile 2014, causa C-26/13, in “*Contratti*”, 2014, 10, pp. 843 ss.

C. Giust. UE, sentenza 21 gennaio 2015, cause riunite C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, in “*Nuova Giurisprudenza Civile commentata*”, 2015, 5, pp. 423 ss.

Giurisprudenza italiana

Pret. Bologna, 20.01.1998, in “*Danno e responsabilità*”, 1998, 3, pp. 270 ss., con nota di Palmieri-Pardolesi

Pret. Bologna, 04.01.1999, in “*Corriere giuridico*”, 1999, 6, pp. 600 ss., con nota di Gioia

Trib. Genova, 14.02.2013, in “*Nuova giurisprudenza civile commentata*”, 2013, I, pp. 1059 ss., con nota di F.P. Patti

Cass., 18.04.1970, n° 1127, in “*Foro italiano*”, 1970, I, pp. 741 ss., con nota di V. Proto-Pisani

Cass. civ. Sez. II, 24.02.2000, n° 2108, in “*Massimario di giurisprudenza italiana*”, 2000

Cass. civ. Sez. lavoro, 14.01.2003, n° 435, in “*Massimario di giurisprudenza del lavoro*”, 2004, 6, pp. 105 ss.

Cass. civ. Sez. I, 08.09.2004, n° 18062, in “*Archivio Civile*”, 2004, pp. 1275 ss.

Cass. civ. Sez. III, 22.03.2005, n° 6170, in “*Nuova Giurisprudenza civile commentata*”, 2006, 4, pp. 372 ss., con nota di G. Dottore

Cass. civ. Sez. lavoro, 14.10.2005, n°19903, in “*Foro Italiano*”, 2006, 7-8, pp. 2107 ss., con nota di F. Di Ciommo

Cass. civ. Sez. II, 06.10.2006, n° 21632, in “*Contratti*”, 2007, 5, pp. 421 ss.

Cass. civ. Sez. II, 17.05.2007, n° 11550, in “*Massimario di giurisprudenza italiana*”, 2007

Cass. civ. Sez. I, 21.12.2007, n° 27088, in “*Massimario di giurisprudenza italiana*”, 2007

Cass. Civ. Sez. I, 13.06.2008, n° 16017, in “*Contratti*”, 2009, 2, pp. 133 ss., con commento di Tisci

Cass. civ. Sez. III, 15.09.2008, n° 23674, in “*Nuova giurisprudenza civile commentata*”, 2009, 3, pp. 197 ss., con nota di S. Nardi

Cass. civ. Sez. III, 28.11.2008, n° 28424, in “*Contratti*”, 2009, 5, pp. 449 ss., con nota di P. Leone; - Cass. civ. Sez. III, 20.08.2009, n° 18540, in “*Massimario di giurisprudenza italiana*”, 2009

Cass. civ. Sez. III, 07.02.2011, n° 2956, in “*Contratti*”, 2011, 7, pp. 677 ss., con nota di M. Pirovano

Cass. civ. Sez. I, 27.04.2011, n° 9395, in CED Cassazione, 2011

Cass. civ. Sez. III, 30.01.2012, n° 1284, in “*Giustizia Civile*”, 2012, pp. 1221 ss.

Cass. civ. Sez. I, 11.07.2012, n°11651, in “*Contratti*”, 2012, 10, pp. 824 ss

Cass. civ. Sez. Unite, 04.09.2012, n° 14828, in “*Foro Italiano*”, 2013, 4, pp. 1238 ss., con nota di A. Palmieri

Cass. civ. Sez. II, 27.11.2012, n° 21083, in “*Corriere Giuridico*”, 2013,

2, pp 174 ss, con nota di nota di Pagliantini, Consolo

Cass. civ. Sez. II, 03.07.2013, n° 16630

Cass. civ. Sez. I, 12.07.2013, n° 17257, in “*Contratti*”, 2014, 1, pp. 15
ss., con nota di S. Pagliantini;

Cass. civ. Sez. Unite, 12.12.2014, n° 26242, in “CED Cassazione”,
2014

Cass. civ. Sez. Unite, 12.12.2014, n° 26243, in “CED Cassazione”,
2014

Ringraziamenti

A conclusione di questo percorso universitario, mi sembra doveroso fare alcuni ringraziamenti a chi ha contribuito alla sua realizzazione.

Ringrazio prima di tutto la mia famiglia, punto costante di riferimento, che mi ha sostenuta in ogni momento, incoraggiandomi a perseguire con serietà e determinazione i miei obiettivi.

Ringrazio il mio fidanzato Nicolò, che mi è stato sempre vicino, con pazienza e con amore.

Ringrazio i miei amici, che hanno alleggerito con un sorriso, una parola, anche i momenti più difficili di questo cammino.

Ringrazio l'Università di Pisa, che mi ha permesso di intraprendere questa carriera, nonché la Professoressa Emanuela Navarretta, per avermi seguita nella stesura di questo lavoro di tesi.

Spero di avervi reso fieri di me.

Tamara