

LEZIONE DEL 18 SETTEMBRE 2021

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

CORSO DI PREPARAZIONE AL CONCORSO IN MAGISTRATURA 2021-2022

GIAPPICHELLI EDITORE

**Responsabile scientifico
Vincenzo Lopilato**

LEZIONE DEL 18 SETTEMBRE 2021
di Vincenzo Lopilato

Diritto civile

AREA TEMATICA

CONTRATTO (PRIMA PARTE)

**INQUADRAMENTO GENERALE SUL CONTRATTO E TUTELA DEL
CONSUMATORE**

Omissis.

Argomento 4

TRACCIA

Giustizia contrattuale nei contratti dei consumatori: buona fede e nullità di protezione.

A. Schema per punti

1. Plurimi modelli contrattuali e contratti con le parti deboli: rinvio. 2. Clausole abusive, giustizia commutativa e ruolo della buona fede. 3. La nullità nei contratti di diritto comune: rinvio. 4. Norme imperative di protezione e nullità di protezione testuale. 5. Nullità di protezione e riduzione conservativa: la cd. giustizia inclusiva.

Nota. Si rinvia alla lezione per lo sviluppo della traccia.

A.1. Rinvio al Manuale

Nota. Si riporta di seguito un estratto del Capitolo 23, parr. 4-4.1.1, pagg. 1743-1750 del Manuale di diritto amministrativo, V. Lopilato, Giappichelli Editore, Terza Edizione.

Omissis.

4. Clausole abusive. Inquadramento generale

Sul piano europeo, la disciplina fondamentale delle clausole abusive è contenuta nella direttiva 93/13/CE.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha affermato che gli Stati membri possono adottare o mantenere, nel settore disciplinato dalla suddetta direttiva, «disposizioni più severe, compatibili con il trattato, per garantire un livello di protezione più elevato per il consumatore»¹.

Sul piano interno, l'art. 33 cod. cons. prevede che «nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto».

Il richiamo legislativo al «malgrado la buona fede» va inteso come “in contrasto con la buona fede” e deve essere riferito alla buona fede oggettiva [cap. 1, par. 13 sulla nozione di buona fede]. Pertanto, deve ritenersi che una clausola la quale determini un significativo squilibrio non sia per ciò solo vessatoria, essendo necessario che ricorra anche la contrarietà del comportamento a buona fede, fermo restando che, spesso, un significativo squilibrio coincide con la violazione della buona fede.

Il comma 2 della suddetta disposizione contiene un elenco di clausole che si presumono vessatorie, per cui, in loro presenza, spetta al professionista provare che la clausola non abbia determinato alcun significativo squilibrio (cd. “lista grigia”)².

¹ Corte giust. un. eur., sez. III, 19 settembre 2019, C-34/18.

² Si tratta, a titolo esemplificativo, delle clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: i) «escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista»; ii) «escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista»; iii) «escludere o limitare l'opportunità da parte del consumatore della compensazione di un debito nei confronti del professionista con un credito vantato nei confronti di quest'ultimo»; iv) «prevedere un impegno. Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore. Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 18 SETTEMBRE 2021

L'art. 36, comma 2, cod. cons. prevede, invece, un elenco di clausole che si considerano sempre vessatorie, per cui non è mai ammessa prova contraria (cd. "lista nera")³.

Al fine di poter effettuare l'accertamento di abusività della clausola devono ricorrere le seguenti condizioni prescritte dall'art. 34 cod. cons.

In primo luogo, occorre valutare la natura del bene o del servizio oggetto del contratto, facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione e alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende (comma 1).

La Corte di Giustizia ha ritenuto che non sia configurabile uno squilibrio sopravvenuto. L'accertamento di abusività della clausola, per potersi compiere, deve essere effettuato «*con riferimento al momento della conclusione del contratto, tenendo conto dell'insieme delle circostanze di cui il professionista poteva essere a conoscenza in tale momento e che erano idonee a incidere sull'ulteriore esecuzione di detto contratto*»⁴.

In secondo luogo, la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile (comma 2).

La Corte di Giustizia ha precisato che le clausole inerenti all'oggetto principale del contratto sono «*quelle che definiscono l'essenza stessa del rapporto contrattuale*» e, più precisamente, quelle «*che fissano le prestazioni essenziali del contratto stesso e che, come tali, lo caratterizzano*»⁵. Restano, invece, escluse da tale nozione le clausole che rivestono un carattere accessorio rispetto a quelle caratterizzanti il contratto. La stessa Corte ha aggiunto, inoltre, che la chiarezza e la comprensibilità⁶ impongono che vengano fornite al consumatore, prima della conclusione del contratto, le informazioni in merito alle condizioni contrattuali e alle conseguenze di detta conclusione, che sono, per un consumatore, di fondamentale importanza.

Infine, «*non sono vessatorie le clausole o gli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale*» (art. 34, comma 4). È evidente, infatti, che se si accerta che ci sia stata una "trattativa", ossia una concreta discussione sul contenuto delle clausole, si può presumere che la parte sia stata adeguatamente informata e il contratto perde la sua connotazione di contratto di adesione.

4.1. Tutela privata. Nullità testuale di protezione, riduzione conservativa, giudicato

In relazione ai rimedi di natura individuale, ossia riconosciuti al singolo consumatore parte del contratto, l'art. 36 cod. cons. prevede che l'accertamento della vessatorietà della clausola comporta la nullità della stessa (comma 1).

Su un piano sostanziale, relativo alla struttura di questa tipologia di nullità, deve rilevarsi che la

definitivo del consumatore mentre l'esecuzione della prestazione del professionista è subordinata ad una condizione il cui adempimento dipende unicamente dalla sua volontà.

La Corte di Giustizia dell'Unione europea afferma costantemente che «*una clausola che figura nell'elenco del suddetto allegato non deve essere necessariamente considerata abusiva e che, viceversa, una clausola che non vi figura può nondimeno essere dichiarata abusiva*» (sentenza 19 settembre 2019, cit.).

³ Si tratta delle clausole che, anche se precedute da trattativa, hanno per oggetto o per effetto di: i) «*escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista*»; ii) «*escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista*»; iii) «*prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto*».

⁴ Corte giust. un. eur., sez. II, 20 settembre 2017, n. 186.

⁵ Corte giust. un. eur., sez. II, n. 186 del 2017, cit.

⁶ Il requisito della comprensibilità, ha precisato la Corte di Giustizia, con la sentenza in esame, attiene non solo al piano «*formale e grammaticale*» ma investe la «*portata concreta*» della clausola in modo tale che un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento, riesca ad acquisire il reale significato dell'operazione negoziale.

Nel caso deciso, si trattava di stabilire se avesse tali requisiti la clausola che imponeva la restituzione del prestito nella medesima valuta estera nella quale era stato contratto e, pertanto, se il consumatore si potesse rendere conto dei possibili apprezzamenti o deprezzamenti della valuta estera e delle conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una tale clausola sugli obblighi finanziari.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 18 SETTEMBRE 2021

caratteristica peculiare di tale forma di invalidità risiede nel fatto che con essa si è passati da una concezione strutturale della nullità [cap. 11, par. 25], fondata sulla teoria della fattispecie, ad una concezione funzionale, che valorizza elementi “esterni” alla fattispecie stessa. La nullità è conseguenza, infatti, della condotta del professionista che, nella fase delle “trattative”, abusando della sua autonomia negoziale, inserisce nel contenuto del contratto clausole che ne alterano l’equilibrio economico-giuridico⁷. Inoltre, si tratta di una nullità che ha una finalità non “distruttiva”, bensì “conformativa” del regolamento negoziale⁸. In definitiva, nel giudizio di nullità in esame si guarda al contenuto complessivo del contratto per stabilire l’incidenza sull’equilibrio economico-giuridico, valutando anche elementi esterni, quali l’assenza della trattativa.

La buona fede diventa, in tale contesto regolatorio, uno strumento di controllo dell’autonomia negoziale e viene elevata dal legislatore, in base ad una espressa previsione, a regola di validità in ragione della situazione di squilibrio esistente tra le parti [cap. 1, par. 13, sul principio di buona fede in generale]. Ciò avviene a tutela sia del consumatore, parte debole del rapporto, sia dell’interesse generale quale è «*il complessivo equilibrio economico-contrattuale, in un’ottica di microanalisi economica*»⁹, ovvero *le stesse regole di mercato ritenute corrette (in ottica di macroanalisi)*».

Il Codice del consumo prevede che la nullità della singola clausola lascia valido per il resto il contratto (art. 36, comma 1) e che essa «*opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d’ufficio dal giudice*» (art. 36, comma 3).

Rispetto al regime ordinario di nullità [cap. 11, par. 25]: i) si tratta di una nullità parziale necessaria che colpisce la singola clausola, per evitare che l’eventuale caducazione integrale del contratto, imponendo obblighi restitutori anche del bene di consumo, possa pregiudicare il consumatore¹⁰; ii) la legittimazione non è allargata a chiunque vi abbia interesse ma è riservata al solo consumatore; iii) il giudice può rilevarla d’ufficio in quanto, non discostandosi in ciò dal regime ordinario [cap. 11, par. 25], la Corte di Cassazione¹¹ ha ritenuto, come già sottolineato, che anche le nullità di protezione siano espressione di un principio generale a tutela dell’interesse generale del mercato.

Per quanto attiene all’apparente contraddittorietà tra la legittimazione riservata e il rilievo officioso, questa viene risolta ritenendo che il giudice rilevi d’ufficio la nullità “in soccorso” della parte debole ovvero quando il professionista chiede l’esecuzione del contratto e non anche nel caso in cui l’esecuzione è domandata dal consumatore stesso. In questo caso, il giudice dovrà rilevare la nullità e, in assenza di una richiesta della parte legittimata a farla valere, non potrà anche dichiararla. In sintesi, il giudice rileva la nullità, ma la dichiara in sentenza solo laddove la parte legittimata (il consumatore) ne faccia richiesta successivamente al rilievo officioso.

L’art. 1423 cod. civ. dispone che non è ammessa la convalida del contratto nullo, se la legge non dispone diversamente. Questo divieto generale si spiega in ragione della diversità del regime della nullità basato: i) sulla sussistenza di un interesse generale che giustifica la causa di invalidità e impedisce che una singola azione possa sanare il vizio dell’atto; ii) sulla legittimazione allargata a chiunque vi abbia interesse, che impedisce che il contratto possa essere recuperato mediante una singola azione di convalida [cap. 11, par. 33.1].

Nel caso in esame, si potrebbe ritenere che, mancando una norma di legge espressa che la autorizzi,

⁷ Cass. civ., sez. II, n. 6639 del 2012, cit.

⁸ Cass. civ., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242.

⁹ Cass. civ., sez. un., n. 26242 del 2014, cit. Parte della dottrina ritiene che in questi casi il contratto violi quello che viene definito ordine pubblico di protezione, con conseguente illiceità del contratto ai sensi dell’art. 1343 cod. civ. (F. Di Marzio, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli, 2011, 182).

¹⁰ Per i contratti di diritto comune l’art. 1419 cod. civ. prevede che «*la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell’intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità*».

¹¹ Cass. civ., sez. un., n. 26242 del 2014, cit.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d’autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 18 SETTEMBRE 2021

non sia possibile la convalida. Si potrebbe, però, anche ritenere che il riferimento contenuto nell'art. 1423 cod. civ. ai casi in cui la legge dispone diversamente debba essere inteso come richiamo non solo ad una espressa previsione legislativa, ma anche ad un complesso di norme dal quale si potrebbe desumere, per il regime giuridico di insieme previsto, che non operi il divieto di convalida.

Seguendo questa seconda linea interpretativa, le possibili ricostruzioni sono le seguenti.

Una prima ricostruzione ritiene che le due ragioni che giustificano il divieto di sanatoria non sussistano nel caso di specie. In particolare: i) con riguardo agli interessi, la nullità di protezione tutela interessi particolari della parte debole; ii) con riguardo alla legittimazione, essa è riservata e non assoluta, con la conseguenza che se spetta alla parte debole agire in giudizio per fare valere la nullità, alla stessa spetta anche il potere di dare esecuzione al contratto mediante un comportamento di convalida.

Una seconda ricostruzione ritiene che le due suddette ragioni debbano impedire la convalida anche in presenza di una nullità di protezione. Ciò in quanto: i) con riguardo agli interessi, le nullità di protezione, come sottolineato, tutelano anche interessi generali; ii) con riguardo alla legittimazione, essa opera solo nel processo e, dunque, è possibile una sorta di “convalida processuale” se la parte decide di non agire in giudizio ma ciò non implica che debba essere ammessa anche una “convalida sostanziale” mediante una condotta di esecuzione del contratto¹².

In definitiva, la nullità in esame può essere qualificata come nullità testuale parziaria necessaria a legittimazione riservata con rilievo officioso, con conseguente costruzione di un rimedio modellato alla luce della finalità di tutelare il consumatore che ha interesse a mantenere in vita il contratto per non “perdere” il bene, quale conseguenza di una eventuale caducazione dell'intero contratto.

Da quanto esposto risulta che il legislatore ha utilizzato la clausola della buona fede quale strumento di controllo dell'autonomia negoziale per porre limiti all'autonomia privata della parte forte, evitando forme di abusi. La violazione di queste regole imperative, poste a tutela della parte debole, comporta anche una peculiare modulazione dello strumento di tutela, rappresentato dalla nullità testuale di protezione con finalità conformativa e dunque conservativa del rapporto negoziale. La regola di condotta della buona fede diventa regola di validità del contratto, in virtù non dell'operatività della nullità virtuale ma della nullità testuale.

La questione che si è posta è se il giudice, invece di dichiarare la caducazione della clausola abusiva, possa ricondurla ad equità mediante la cd. riduzione conservativa della stessa.

La Corte di Giustizia¹³ ha escluso tale potere per evitare una incidenza negativa sulla tutela del consumatore e del mercato, in quanto il professionista sarebbe indotto ad introdurre clausole abusive nel contenuto del contratto, confidando nel fatto che esse potrebbero essere non eliminate ma ricondotte ad equità. In particolare, i giudici europei hanno sottolineato come la previsione di un potere di riduzione «*contribuirebbe ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di siffatte clausole abusive (...), dal momento che essi 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, in modo tale, quindi, da garantire l'interesse di detti professionisti*».

In altri termini, il potere integrativo-correttivo del giudice non può spingersi fino a modificare liberamente il contenuto del contratto, il quale potrà essere riequilibrato soltanto attraverso la sanzione della nullità di protezione della clausola abusiva.

A tale regola generale, la stessa Corte di Giustizia ha posto, tuttavia, un'eccezione nel caso in cui la riduzione conservativa appaia come l'unica possibile ad assicurare una tutela effettiva del consumatore, essendo l'esistenza della clausola abusiva essenziale per lo stesso funzionamento del

¹² Per l'esposizione di queste tesi, si v. G. Bilò, *Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2011, 483 ss.

¹³ Corte giust., un. eur., 14 giugno 2012, n. 618.

meccanismo negoziale¹⁴.

La Corte di Giustizia ha affermato che l'accertamento giudiziale dell'abusività della clausola deve avere necessariamente effetto retroattivo per assicurare una tutela effettiva al consumatore¹⁵.

Una questione specifica che si è posta attiene a quella che potrebbe essere definita "intangibilità del giudizio di abusività". Se viene esclusa, con sentenza definitiva, l'abusività della clausola, occorre stabilire se tale accertamento sia "intangibile" ovvero se il giudicato possa essere inciso qualora si ponga in contrasto con il diritto privato europeo di tutela del consumatore.

La Corte di Giustizia ha affermato che, sebbene le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata rientrino nella competenza dell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, dette modalità devono, tuttavia, rispettare i principi di equivalenza e di effettività¹⁶ [cap. 4, par. 9, sul diritto amministrativo europeo]. Nella singola vicenda concreta il principio dell'effettività della tutela potrebbe essere violato nel caso in cui: i) sia previsto un termine particolarmente breve di impugnazione di una decisione giudiziale; ii) il consumatore venga dissuaso dalle spese che un'azione giudiziaria implicherebbe rispetto all'importo del debito contestato; iii) il consumatore ignori o non intenda la portata dei propri diritti, anche in ragione della incompletezza delle informazioni contenute nella domanda giudiziale.

4.1.1. Nullità virtuale di protezione

Quello sin qui esposto è il regime della nullità di protezione collegato alla regola della buona fede in virtù di una scelta chiara del legislatore. La regola di condotta diventa, per volontà legislativa, regola di validità.

Occorre stabilire se sia ammissibile una nullità virtuale di protezione nell'ambito della tutela dei consumatori e, dunque, se oltre ad una nullità testuale per violazione di una regola di condotta sia configurabile una nullità virtuale di protezione.

La nullità virtuale viene in rilievo quando il contratto «è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente» (art. 1418, comma 1, cod. civ.).

Secondo il criterio funzionale, seguito dall'orientamento prevalente della Corte di Cassazione, e fatto proprio anche dalle Sezioni unite¹⁷, è necessario avere riguardo alla natura degli interessi tutelati. In questa ottica, soltanto nel caso in cui la norma imperativa tuteli interessi generali può trovare applicazione il rimedio della nullità virtuale.

Secondo il criterio strutturale è necessario valutare la struttura della norma per comprendere se la sua violazione può comportare nullità, tenendo distinte regole di condotta e regole di validità: se la norma imperativa contiene una regola di condotta la conseguenza della sua violazione non può mai essere la nullità¹⁸.

Nel caso in esame la questione assume connotati di maggiore complessità perché l'indagine deve muoversi su due piani.

Il primo è quello relativo alle norme imperative che non prevedono il regime della nullità e, rispetto alle quali, dunque, la virtualità è completa. Nella maggiore parte dei casi si tratta di norme che prevedono regole di condotta (in materia di obblighi di informazione o di pratiche commerciali

¹⁴ Corte giust., un. eur., 30 aprile 2014, n. 26. Nel caso di specie era stata considerata vessatoria la clausola relativa alle modalità di versamento delle rate di un contratto di mutuo. Orbene, poiché in tale caso un annullamento avrebbe quale conseguenza quella di rendere immediatamente esigibile l'importo del residuo prestito dovuto in proporzioni che potrebbero eccedere le capacità finanziarie del consumatore, si consente la sua modifica ad opera del giudice. Ne deriva, secondo la Corte di Giustizia, che «ove un contratto concluso tra un professionista ed un consumatore non può sussistere dopo la rimozione di una clausola abusiva, tale disposizione non osta ad una regola di diritto nazionale che permette al giudice nazionale di avviare alla nullità della suddetta clausola sostituendo a quest'ultima una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva».

¹⁵ Corte giust. un. eur., Grande sezione, 21 dicembre 2016, n. 154.

¹⁶ Corte giust. un. eur., sez. I, 18 febbraio 2016, n. 49.

¹⁷ Cass. civ., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242.

¹⁸ Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724.

scorrette).

Il secondo è quello relativo alle norme imperative che prevedono la nullità (che sarebbe testuale), ma non il regime e, dunque, la virtualità è parziale.

In particolare, il primo caso viene qualificato dalla dottrina come “nullità virtuale di protezione”; il secondo come “nullità di protezione virtuale”.

È necessario analizzare il primo problema relativo alle “norme senza sanzione” (ad esempio, quelle relative agli obblighi di informazione).

Un primo orientamento esclude l’ammissibilità di una nullità virtuale di protezione¹⁹.

Due sono le ragioni a sostegno di tale tesi.

Sotto un primo aspetto, che valorizza il criterio strutturale, si afferma che, venendo in rilievo “regole di condotta”, anche in questo ambito dovrebbe operare il principio di separazione tra regole di condotta e regole di validità.

Sotto un secondo aspetto, che valorizza il criterio funzionale (qualora si ritenesse il primo non sufficiente), si afferma che, trattandosi di norme poste a tutela di un interesse “particolare” (come dimostrerebbe la previsione della legittimazione riservata), non sarebbero estensibili in questo ambito le regole esposte a proposito della nullità virtuale nei contratti di diritto comune, che presuppongono la tutela di un interesse generale.

Un secondo orientamento sembra ritenere ammissibile la nullità virtuale di protezione²⁰.

Sotto un primo aspetto, che valorizza il criterio strutturale, parte della dottrina ritiene che la distinzione tra regole di condotta e regola di validità valga soltanto per i contratti di diritto comune, ma non per i contratti tra consumatori. Ne consegue che anche la violazione di regole di condotta contenute in norme imperative può comportare nullità.

Sotto un secondo aspetto, che valorizza il criterio funzionale (che potrebbe riguardare anche le norme imperative relative alla buona fede), si è rilevato come vengano in rilievo norme imperative che tutelano anche l’interesse generale del mercato, in quanto, proteggendo l’equilibrio economico-giuridico a livello microeconomico, si ottengono indirettamente effetti benefici a livello macroeconomico.

Per quanto riguarda il regime, dovrebbe applicarsi l’art. 36 cod. cons.

Occorre analizzare il secondo problema delle “norme con sanzione ma senza regime”, dove “virtuale è il regime protettivo”.

L’orientamento che sembra prevalente è nel senso che l’art. 36, non essendo una norma eccezionale ma speciale, sia applicabile analogicamente.

Ad esempio, l’art. 78 cod. cons. in materia di contratti di multiproprietà prevede che sono nulli le clausole contrattuali o i patti aggiunti di rinuncia del consumatore ai diritti previsti dal presente capo o di limitazione delle responsabilità previste a carico dell’operatore. Non è però previsto il regime. Si tratta di stabilire se si tratti di una nullità parziale necessaria a legittimazione riservata.

In relazione ai contratti di impresa asimmetrici, l’art. 9 della legge 19 giugno 1998, n. 192 (Disciplina della subfornitura nelle attività produttive) prevede che «*il patto attraverso il quale si realizzi l’abuso di dipendenza economica è nullo. Il giudice ordinario competente conosce delle azioni in materia di abuso di dipendenza economica, comprese quelle inibitorie e per il risarcimento dei danni*».

Si tratta di una nullità di protezione testuale, non parziale e non necessaria.

La questione è di valutare se sia estensibile o meno il regime dell’art. 36 anche in questo ambito.

L’orientamento prevalente lo esclude in ragione della diversità del fondamento giustificativo. In particolare, con riguardo ai contratti di impresa asimmetrici, si ritiene che la ragione della tutela sia quella di proteggere l’imprenditore economicamente debole che è inserito nel ciclo produttivo di

¹⁹ Cass. civ., sez. un., n. 26724 del 2007, cit.

²⁰ Cass. civ., sez. un., n. 26242 del 2014, cit.

LEZIONE DEL 18 SETTEMBRE 2021

un altro imprenditore forte²¹.

L'analisi sin qui svolta ha riguardato la nullità di protezione afferente al contenuto abusivo del contratto che può avere ad oggetto una singola clausola. Nel caso di nullità afferente alla forma, la caducazione dell'intero contratto pone il problema di stabilire se la finalità protettiva consenta di configurare una legittimazione riservata alla parte debole nella fase esecutiva, mediante la selezione delle prestazioni che si intendono caducare.

Omissis...

B. Giurisprudenza

1. Nullità di protezione e riduzione conservativa: la cd. “giustizia inclusiva”: Corte giust. un. eur., sez. I, 25 novembre 2020, n. 269.

Omissis...

Sulle questioni pregiudiziali

24 In via preliminare, occorre ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, nell'ambito della procedura di cooperazione tra i giudici nazionali e la Corte istituita dall'articolo 267 TFUE, spetta a quest'ultima fornire al giudice nazionale una soluzione utile che gli consenta di dirimere la controversia che gli è sottoposta. In tale prospettiva spetta alla Corte, se necessario, riformulare le questioni che le sono sottoposte (sentenze del 7 agosto 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, punto 34, nonché del 3 marzo 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, punto 27).

25 Va precisato, al riguardo, che, nel presente procedimento, la Corte non è interrogata sui criteri di valutazione del carattere abusivo delle clausole che disciplinano il meccanismo di fissazione del metodo di calcolo del tasso di interesse variabile del contratto di prestito di cui trattasi. Per contro, le questioni poste nel presente procedimento vertono unicamente sulle conseguenze della constatazione del carattere abusivo di siffatte clausole contrattuali.

26 Pertanto, al fine di fornire una risposta utile al giudice del rinvio, si deve considerare che, con tali questioni, che occorre esaminare congiuntamente, detto giudice chiede, in sostanza, se l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 debba essere interpretato nel senso che, in seguito alla dichiarazione del carattere abusivo delle clausole che definiscono il meccanismo di fissazione del tasso d'interesse variabile in un contratto di prestito come quello in questione nel procedimento principale e qualora tale contratto non possa sussistere dopo la soppressione delle clausole abusive di cui trattasi e non esista alcuna disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva che possa sostituirsi a dette clausole, tale disposizione osta a che il giudice nazionale fissi un nuovo metodo di calcolo del tasso d'interesse o rinvii le parti ad una trattativa al fine di determinare un nuovo metodo di calcolo di questo tasso, senza definire il quadro di tali trattative.

27 Al fine di rispondere a detta questione, occorre ricordare, in via preliminare, i fondamenti della tutela dei consumatori nell'ambito delle clausole contrattuali abusive derivanti dalla direttiva 93/13, come interpretata dalla Corte.

28 Il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13 si fonda sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative sia il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista, senza poter influire sul contenuto delle stesse. Alla luce di una siffatta situazione di inferiorità, tale direttiva obbliga gli Stati membri a prevedere un meccanismo che garantisca che qualsiasi clausola contrattuale che non sia stata oggetto di trattativa individuale possa essere

²¹ Per l'esposizione degli orientamenti riportati nel testo si v. G. D'Amico, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale di protezione*, in *Contratti*, 2012, 977 ss.

LEZIONE DEL 18 SETTEMBRE 2021

controllata al fine di valutarne l'eventuale carattere abusivo (sentenza del 3 ottobre 2019, Dziubak, C-260/18, EU:C:2019:819, punto 37 e giurisprudenza ivi citata).

29 In tale contesto, spetta al giudice nazionale, in forza dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, disapplicare le clausole abusive affinché esse non producano effetti vincolanti nei confronti del consumatore, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga (v., in tal senso, sentenza del 3 marzo 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, punto 58 e giurisprudenza ivi citata). Tuttavia, 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 del contratto sia giuridicamente possibile (v., in particolare, sentenza del 5 giugno 2019, GT, C-38/17, EU:C:2019:461, punto 42 e giurisprudenza ivi citata).

30 Di conseguenza, qualora il giudice nazionale accerti la nullità di una clausola abusiva in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, tale giudice non può integrare il contratto rivedendo il contenuto di tale clausola (v., in tal senso, sentenza del 3 marzo 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, punto 59 e giurisprudenza ivi citata).

31 **Infatti, la Corte ha considerato che, se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive contenute in tale contratto, una facoltà del genere potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine di cui all'articolo 7 della direttiva 93/13. Tale facoltà contribuirebbe ad eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione nei confronti del consumatore di dette clausole abusive, dal momento che essi continuerebbero ad essere tentati ad utilizzare le clausole stesse, sapendo che, quand'anche esse fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale, in modo tale, quindi, da garantire l'interesse di detti professionisti** (sentenze del 14 giugno 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, punto 69; del 30 aprile 2014, Kásler e Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punto 79; del 26 marzo 2019, Abanca Corporación Bancaria e Bankia, C-70/17 e C-179/17, EU:C:2019:250, punto 54, nonché del 3 marzo 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, punto 60).

32 **Per contro, nell'ipotesi in cui un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore non possa sussistere successivamente alla soppressione di una clausola abusiva, la Corte ha riconosciuto che l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 non osta a che il giudice nazionale, in applicazione di principi del diritto contrattuale, sopprima la clausola abusiva sostituendola con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva in situazioni in cui dichiarare invalida la clausola abusiva obbligherebbe il giudice ad annullare il contratto nella sua interezza, esponendo in tal modo il consumatore a conseguenze particolarmente dannose, sicché quest'ultimo ne sarebbe penalizzato** (v., in particolare, sentenze del 30 aprile 2014, Kásler e Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punti 80 e 83; del 26 marzo 2019, Abanca Corporación Bancaria e Bankia, C-70/17 e C-179/17, EU:C:2019:250, punto 56; del 3 ottobre 2019, Dziubak, C-260/18, EU:C:2019:819, punto 48, nonché del 3 marzo 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, punto 61).

33 **Una tale sostituzione è pienamente giustificata alla luce della ratio della direttiva 93/13. Infatti, essa è conforme all'obiettivo dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, considerato che tale disposizione tende a sostituire all'equilibrio formale, che il contratto determina tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra queste ultime, e non ad annullare qualsiasi contratto contenente clausole abusive** (v., in particolare, sentenze del 30 aprile 2014, Kásler e Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punti 81 e 82 e giurisprudenza ivi citata; del 26 marzo 2019, Abanca Corporación Bancaria e Bankia, C-70/17 e C-179/17, EU:C:2019:250, punto 57, nonché del 3 marzo 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, punto 62).

34 **Se, in una situazione come quella descritta al punto 32 della presente sentenza, il giudice nazionale non potesse sostituire una clausola abusiva con una disposizione di diritto nazionale di**

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

natura suppletiva e fosse tenuto ad annullare il contratto in toto, il consumatore potrebbe essere esposto a conseguenze particolarmente dannose, cosicché il carattere dissuasivo risultante dall'annullamento del contratto rischierebbe di essere compromesso. Infatti, per quanto concerne un contratto di mutuo, un tale annullamento avrebbe, in linea di principio, l'effetto di rendere immediatamente esigibile l'importo residuo dovuto a titolo del mutuo in proporzioni che potrebbero eccedere le capacità finanziarie del consumatore e, pertanto, tenderebbe a penalizzare quest'ultimo piuttosto che il mutuante, il quale non sarebbe, di conseguenza, dissuaso dall'inserire clausole di tal genere nei contratti da esso proposti (v., in particolare, sentenze del 30 aprile 2014, Kásler e Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, punti 83 e 84; del 26 marzo 2019, Abanca Corporación Bancaria e Bankia, C-70/17 e C-179/17, EU:C:2019:250, punto 58, nonché del 3 marzo 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, punto 63).

35 *Peraltro, la Corte ha altresì dichiarato che l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 osta a che venga posto rimedio alle lacune di un contratto, risultanti dalla soppressione delle clausole abusive contenute in quest'ultimo, sulla sola base di disposizioni nazionali a carattere generale, che non sono state oggetto di una valutazione specifica del legislatore al fine di stabilire un equilibrio tra l'insieme dei diritti e degli obblighi delle parti contraenti e che, di conseguenza, non beneficiano della presunzione di assenza di carattere abusivo, che prevedano l'integrazione degli effetti espressi in un atto giuridico mediante, segnatamente, gli effetti risultanti dal principio di equità o dagli usi, disposizioni queste che non sono né di natura suppletiva né applicabili in caso di accordo tra le parti del contratto* (sentenza del 3 ottobre 2019, Dziubak, C-260/18, EU:C:2019:819, punti 61 e 62).

36 *Nel caso di specie, il giudice del rinvio interroga la Corte sui poteri che l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 conferisce al giudice nazionale, qualora il contratto non possa sussistere senza le clausole abusive ma il giudice nazionale non possa sostituire a queste ultime una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva.*

37 *Sebbene il tenore letterale dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 non indichi nulla al riguardo, si deve sottolineare che la finalità della direttiva 93/13 è di fornire un elevato livello di protezione ai consumatori. Il legislatore dell'Unione ha, tra l'altro, espressamente affermato, nell'articolo 7 della direttiva 93/13, letto alla luce del ventiquattresimo considerando di quest'ultima, che le autorità, in particolare giudiziarie, dovevano disporre dei mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l'applicazione delle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori.*

38 *In tale ottica, come risulta dalla giurisprudenza citata nei punti da 31 a 34 della presente sentenza, le conseguenze da trarre dalla dichiarazione del carattere abusivo di una clausola contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore devono consentire la realizzazione di due obiettivi. Da un lato, il giudice deve garantire che possa essere ripristinata l'uguaglianza tra le parti contraenti che l'applicazione di una clausola abusiva nei confronti del consumatore abbia messo a repentaglio. Dall'altro, occorre assicurarsi che il professionista sia dissuaso dall'inserire siffatte clausole nei contratti che propone ai consumatori.*

39 *Orbene, la direttiva 93/13 non mira a raccomandare soluzioni uniformi per quanto concerne le conseguenze da trarre dalla dichiarazione del carattere abusivo di una clausola contrattuale. Pertanto, dato che, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, le clausole abusive non possono vincolare i consumatori, tali obiettivi hanno potuto essere conseguiti, a seconda dei casi e del quadro giuridico nazionale, con la mera disapplicazione nei confronti del consumatore della clausola abusiva di cui si trattava o, qualora il contratto non avesse potuto sussistere senza tale clausola, sostituendo quest'ultima con disposizioni di diritto nazionale di natura suppletiva.*

40 *Tuttavia, tali conseguenze della dichiarazione del carattere abusivo di una clausola contrattuale non hanno carattere esaustivo.*

41 *Pertanto, qualora il giudice nazionale ritenga che il contratto di prestito in questione non possa, conformemente al diritto dei contratti, giuridicamente sussistere dopo la soppressione delle clausole*

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 10 perché coperti dal diritto d'autore.

LEZIONE DEL 18 SETTEMBRE 2021

abusive di cui trattasi e qualora non esista alcuna disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva o alcuna disposizione applicabile in caso di accordo tra le parti contraenti che possa sostituirsi a dette clausole, si deve considerare che, nella misura in cui il consumatore non ha espresso il proprio intento di mantenere le clausole abusive e l'annullamento del contratto esporrebbe tale consumatore a conseguenze particolarmente dannose, il livello elevato di tutela del consumatore, che deve essere garantito conformemente alla direttiva 93/13, richiede che, al fine di ripristinare l'equilibrio reale tra i diritti e gli obblighi reciproci delle parti contraenti, il giudice nazionale adotti, tenendo conto dell'insieme del suo diritto interno, tutte le misure necessarie per tutelare il consumatore dalle conseguenze particolarmente dannose che l'annullamento del contratto di prestito in questione potrebbe provocare, in particolare a causa dell'esigibilità immediata del credito del professionista nei confronti di quest'ultimo.

42 Va precisato, al riguardo, che, in circostanze come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, nulla osta, in particolare, a che il **giudice nazionale rinvii le parti ad una trattativa allo scopo di fissare il metodo di calcolo del tasso d'interesse, purché esso determini il quadro di tali trattative e queste siano volte a stabilire tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti un equilibrio reale che tenga conto segnatamente dell'obiettivo di tutela del consumatore sotteso alla direttiva 93/13.**

43 Infatti, come già ricordato dalla Corte, tale giudice è tenuto ad applicare, per quanto possibile, il suo diritto interno in modo da trarre tutte le conseguenze che, secondo il diritto nazionale, derivano dall'accertamento del carattere abusivo della clausola in questione allo scopo di raggiungere l'obiettivo stabilito dall'articolo 6, paragrafo 1, di tale direttiva, vale a dire che il consumatore non sia vincolato da una clausola abusiva (v., in tal senso, sentenza del 30 maggio 2013, Jorös, C-397/11, EU:C:2013:340, punti 52 e 53). Lo stesso vale quando si tratta di determinare, a seguito della dichiarazione del carattere abusivo di una clausola, le conseguenze da trarre da tale accertamento, al fine di garantire, conformemente all'obiettivo di detta direttiva, un livello elevato di protezione del consumatore.

44 Tuttavia, va precisato che la competenza del giudice non può andare al di là di quanto è strettamente necessario per ripristinare l'equilibrio contrattuale tra le parti contraenti e quindi per tutelare il consumatore dalle conseguenze particolarmente dannose che l'annullamento del contratto di prestito di cui trattasi potrebbe provocare. Infatti, se al giudice fosse consentito di modificare o di moderare liberamente il contenuto delle clausole abusive, tale potere sarebbe idoneo a compromettere il raggiungimento di tutti gli obiettivi di cui al punto 38 della presente sentenza.

45 Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alle questioni poste dichiarando che l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che, in seguito all'accertamento del carattere abusivo delle clausole che definiscono il meccanismo di fissazione del tasso d'interesse variabile in un contratto di prestito come quello di cui trattasi nel procedimento principale, e qualora tale contratto non possa sussistere dopo la soppressione delle clausole abusive in questione, l'annullamento di detto contratto avrebbe conseguenze particolarmente dannose per il consumatore, e non esista alcuna disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva, il giudice nazionale deve adottare, tenendo conto del complesso del suo diritto interno, tutte le misure necessarie per tutelare il consumatore dalle conseguenze particolarmente dannose che l'annullamento di detto contratto potrebbe provocare. In circostanze come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, nulla osta, in particolare, a che il giudice nazionale rinvii le parti ad una trattativa allo scopo di fissare il metodo di calcolo del tasso d'interesse, purché determini il quadro di tali trattative e queste siano volte a stabilire tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti un equilibrio reale che tenga conto segnatamente dell'obiettivo di tutela del consumatore sotteso alla direttiva 93/13.

C. Dottrina

1. Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali di E. Navarretta in Giustizia civile, 2020 , 242 e ss. (estratto).

Omissis...

5. Giustizia contrattuale e giustizia inclusiva: dal paradigma dell'efficienza all'access justice. Il carattere eccezionale e limitato della richiamata incursione, da parte della disciplina europea, nel mondo delle patologie sociali, introduce proprio verso quel modello che, viceversa, di regola, intende disciplinare il mercato in una serie di criticità dissociate da tali patologie. Lo spiega efficacemente Vincenzo Roppo, evidenziando come **la normativa europea offra «rimedi contro contratti economicamente squilibrati, per quanto conclusi in condizioni di fisiologia sociale»; è, infatti, «socialmente fisiologico – in una società basata sul mercato e sulle sue inevitabili stratificazioni – che consumatori contrattino con professionisti, subfornitori con committenti, agenti con proponenti»** (35).

I tratti di tale modello possono, dunque, così sintetizzarsi: **è un modello incentrato sulla giustizia contrattuale e non sociale**; nell'introdurre un'indagine *a posteriori* sulla giustizia del contratto seleziona talune ipotesi in cui dare rilievo alla diseguaglianza sostanziale nell'esercizio dell'autonomia privata; sceglie di attribuire rilevanza proprio a diseguaglianze associate alle normali dinamiche di mercato; si propone di perseguire un effetto regolatorio generale; si avvale della tecnica selettiva di diseguaglianze fisiologicamente rilevanti sul mercato e del correlato apparato rimediale per creare una connessione fra due piani: quello che produce l'effetto correttivo sul singolo contratto e quello che realizza l'effetto redistributivo generale (36) (37).

Una gran polemica – proprio con riferimento al pensiero di Vincenzo Roppo – ha suscitato la questione relativa alla tecnica selettiva delle asimmetrie fisiologiche sul mercato e al coordinamento fra i rimedi applicabili e le differenti tipologie di contratti asimmetrici sul piano macroeconomico, con la conseguente contrapposizione fra secondo (38) e terzo contratto (39). In realtà, si tratta di una polemica in buona parte sterile in quanto, per un verso, è evidente che niente sia più difficile di distinguere gli uguali dai diseguali, sicché certamente l'individuazione di diversità giuridicamente rilevanti implica una logica prescrittiva che non può affidarsi puramente all'interprete attraverso un generico paradigma di contraente debole (40) (41). Per un altro verso, l'espressione di sintesi “contraente debole” sul mercato può ben essere utile per molteplici fini: per evidenziare che il paradigma del consumatore non è un *unicum* e non è un assoluto; per agevolare ragionamenti estensivi o anche analogici da parte del giudice rispetto a paradigmi di debolezza tratteggiati dal legislatore, attraverso un lavoro interpretativo che parta dagli indici normativi e possa potenziare e sviluppare lo stesso effetto regolatorio; per segnalare all'interprete che, nell'individuazione dell'apparato rimediale applicabile ai contratti asimmetrici, è più sensato, in mancanza di regole specifiche, attingere alla disciplina relativa a figure che condividano il presupposto dell'asimmetria di potere (compatibilmente con le diversità connesse con le specifiche tipologie di debolezza) prima di accedere alla disciplina del contratto in generale, plasmata sul presupposto della mera uguaglianza formale e della pura attenzione alla correttezza procedurale nella formazione dell'accordo.

Tralasciando, dunque, tale profilo, sin troppo dibattuto in dottrina, **gli aspetti sui quali, viceversa, vale la pena soffermarsi riguardano il meccanismo che mette in relazione la correzione del singolo contratto con l'effetto redistributivo generale e, *ab imis*, l'identificazione dell'obiettivo generale perseguito.**

Sull'effetto regolatorio si riflettono, invero, una pluralità di differenti impostazioni, *lato sensu* riconducibili al neoliberalismo, e nelle quali si intrecciano teorie economiche, concezioni giuridiche e filosofiche, concrete strategie politiche (42), che dalla fine degli anni '30 in poi si sono stratificate. Queste vanno da visioni che si rifanno all'influenza del pensiero economico della Scuola di Chicago e misurano il diritto attraverso il paradigma dell'efficienza (43), avvalendosi dell'analisi economica

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 12 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 18 SETTEMBRE 2021

del diritto (44), e così mostrando un volto neoutilitarista (45), a concezioni teoriche e a concrete politiche nordamericane sull'*antitrust* (focalizzate sull'obiettivo regolatorio della concorrenza e non sulla tutela dei *competitors* (46), a visioni *libertian* (47), sino a giungere a concezioni più vicine alla Scuola ordo-liberale di Friburgo che, peraltro, aveva, a sua volta, contribuito alla fondazione nel neoliberalismo (48).

Questa varietà di ricostruzioni, con le relative profonde differenze implicate, ha generato, nel dibattito sul diritto europeo, una prima polarizzazione dell'effetto regolatorio verso l'efficienza, verso la concorrenza e verso il potenziamento delle libertà economiche fondamentali: un po' semplificando potrebbe parlarsi di una lettura del diritto europeo attraverso le influenze, più o meno marcate, della riflessione nord-americana. Tale orientamento, difeso da una parte della dottrina europea e nazionale (49), ha trovato riscontro in varie sentenze della Corte di Giustizia: dal c.d. quartetto *Laval* (50), a *Alemo-Herron* (51), ad *Agit Iraklis* (52). Sennonché proprio la diffusa critica a tali orientamenti giurisprudenziali, il diverso modo di concepire il diritto *antitrust* in Europa rispetto al sistema nordamericano, la virata verso l'economia sociale di mercato da parte del Trattato di Lisbona, i condizionamenti prodotti dal succedersi di crisi finanziarie ed economiche (cui ora si aggiunge la crisi economico-sociale determinata dal Covid-19) hanno iniziato a far emergere una differente impostazione che identifica l'obiettivo regolatorio generale, cui tende la giustizia contrattuale (e cui tende il divieto di discriminazione), in quella che viene qualificata *access justice* (53). Come Alexander Rüstow aveva cercato una soluzione alternativa al liberismo e alla pianificazione economica collettivistica, l'*access justice* si propone di essere «*more than allocative libertarian justice – scrive Micklitz – but less than social distributive justice*» (54).

L'*access justice*, che in italiano abbiamo già tradotto come giustizia inclusiva, mira a garantire la massima inclusione nel mercato (55) del maggior numero possibile di lavoratori, di consumatori, di imprenditori, specie medio-piccoli, sul presupposto che l'accesso al mercato sia lo strumento più idoneo a massimizzare il benessere generale, senza con questo illudersi di poter fare del tutto a meno della giustizia sociale, che viene riservata agli stati nazionali. Se, dunque, l'obiettivo regolatorio del modello dell'UE non devono essere l'efficienza e la concorrenza in quanto tali, ma l'inclusione nel mercato, e semmai la tutela dei concorrenti (56), l'apparato rimediabile adeguato a correggere l'ingiustizia del singolo contratto deve tendere all'obiettivo di prevenire future condotte scorrette e di prevenire l'uscita dal mercato dei consumatori.

5.1. (Segue): la giustizia inclusiva e i nuovi orientamenti della Corte di Giustizia.

L'obiettivo della giustizia inclusiva, oltre a trasparire dagli interventi normativi sopra richiamati (57), si riverbera sulla disciplina relativa alle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, cercando di potenziare l'effetto preventivo e deterrente attraverso una duplice strategia: tramite specifici interventi sanzionatori, previsti dalla direttiva 2019/2161) (58) e tramite un miglior coordinamento dell'obiettivo deterrente con la disciplina correttiva del contratto.

Tale seconda strategia – che più direttamente concerne il tema della giustizia contrattuale – tende a rafforzare l'effetto deterrente con una migliore saldatura rispetto al controllo correttivo sul singolo contratto.

In particolare, nei suoi primi orientamenti, la Corte di Giustizia perseguiva l'obiettivo regolatorio adottando soluzioni rimediali relative ai singoli contratti, sulla base di ragionamenti ipotetici astratti che, proprio grazie alla loro astrattezza, garantivano una prevedibilità, coerente con le esigenze di efficienza da parte delle imprese. Ne derivava l'immagine di una sorta di contrasto ossimorico (quasi che il mezzo possa contrastare con il fine) tra la correzione del singolo contratto, ispirata alla giustizia, e l'effetto regolatorio, ispirato all'efficienza, che poneva limiti e condizioni alla correzione del contratto; in tal modo, l'efficienza finiva, in realtà, per assecondare strategie di aggiramento della disciplina da parte di imprenditori e di imprese e, dunque, per frustrare la stessa esigenza di prevenire condotte scorrette.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 13 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 18 SETTEMBRE 2021

Viceversa, spostandosi il focus dell'obiettivo regolatorio sulla giustizia inclusiva e sull'esigenza di prevenzione di future condotte poste in violazione della normativa, ha finito per emergere come la massima tutela in concreto del consumatore realizzi nel modo più efficiente lo stesso obiettivo regolatorio, dimostrando come tra mezzo e fine non vi possa essere alcuna opposizione. Secondo questa diversa linea di pensiero, la stessa Corte di Giustizia, nei più recenti sviluppi, pur cercando di preservare una continuità con i propri precedenti, sembra orientarsi verso un approccio, che persegue l'obiettivo regolatorio potenziando l'accertamento in concreto sull'idoneità delle soluzioni rimediali a garantire la massima giustizia del singolo contratto. In particolare, comincia ad emergere che un approccio volto a prediligere la valutazione caso per caso della soluzione maggiormente protettiva per il consumatore determina un'incertezza a priori sui risvolti applicativi conseguenti all'invalidità, che opera come potente deterrente nei confronti dei professionisti e delle imprese. Questi, infatti, più difficilmente possono escogitare strategie di contenimento o di aggiramento dei controlli offerti dalla legislazione protettiva e dovrebbero, dunque, orientarsi verso condotte più caute nella scelta delle clausole. Ne viene, di riflesso, potenziata la giustizia del singolo contratto e, al contempo, rafforzato l'effetto deterrente.

Il nuovo orientamento della Corte si manifesta, talora, in maniera palese, talora, appare invece filtrato da un qualche equilibrismo interpretativo, dettato dal tentativo di preservare una coerenza con i precedenti.

È questo il caso della sentenza *Abanca Corporación Bancaria SA e Bankia SA* (59) Corte giust. UE, 26 marzo 2019, C-70/17 e C-179/17, Zsuzsanna Dunai v. ERSTE Bank Hungary Zrt. che affronta principalmente due temi: se si possa operare una nullità selettiva all'interno della clausola vessatoria, finalizzata ad eliminare solo la parte "più contaminata" dall'abusività, e se si possa procedere ad un'integrazione del contratto decurtato da una clausola vessatoria, ove l'integrazione avvantaggi il consumatore.

Sul primo tema la pronuncia opportunamente esclude la legittimità di una strategia, che condurrebbe a una sostanziale riscrittura della clausola e che, troppo facilmente, si presterebbe a tecniche di aggiramento e di depotenziamento della disciplina protettiva da parte di professionisti e di imprenditori. Ma è rispetto al secondo profilo trattato che la Corte imbocca la via di un'acrobazia interpretativa. Dietro, infatti, l'apparente continuità con i precedenti, che già avevano ammesso l'integrazione della clausola vessatoria, ove la stessa inficiasse un profilo essenziale del contratto, rischiando di travolgerlo in toto, si cela, invero, un differente problema. Nello specifico caso, infatti, il tipo di clausola implicata nel caso *Abanca* non aveva alcuna attitudine a travolgere l'intero contratto e il vero problema era quello di consentire, anche al di fuori di detta ipotesi, l'integrazione della clausola, in quanto più favorevole al consumatore. La clausola implicata consentiva, infatti, alla banca di far valere la risoluzione automatica del contratto in ipotesi di mancato pagamento anche di una sola rata di interessi o di capitale, con conseguente possibile iscrizione della clausola nel registro pubblico immobiliare, il che avrebbe dato accesso alla procedura esecutiva speciale di cui all'art. 693 della legge spagnola n. 1 del 2000. La clausola evidentemente non era tale da rendere nullo l'intero contratto, ma la sua mancata integrazione avrebbe impedito di accedere alla procedura esecutiva speciale, più protettiva per il consumatore di quella generale. Ecco allora che la Corte di Giustizia prospetta che quel tipo di clausola fosse tale da mettere in discussione la resistenza dell'intero contratto, rendendo così percorribile, senza sconfessare i precedenti, la sua sostituzione con una disposizione suppletiva nazionale, suscettibile di applicazione in caso di accordo fra le parti e idonea a preservare il ricorso alla suddetta procedura esecutiva speciale. Ma è del tutto evidente che alla Corte di Giustizia è semplicemente mancato il coraggio di rettificare i precedenti (60) e di riconoscere che il fatto di orientare il giudice verso una nullità parziale necessaria, non seguita da integrazione del contratto, in quanto soluzione normalmente più favorevole al consumatore e all'effetto deterrente, non deve indurre sempre ad escludere l'integrazione, ove questa sia più favorevole al

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 14 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

consumatore. Ammettere l'integrazione della clausola, solo ove essa sia più vantaggiosa per il consumatore, amplifica, infatti, anche l'effetto preventivo e deterrente: il professionista sa che le alternative rimediali che gli si prospettano sono o la nullità parziale necessaria *tout court* o l'integrazione del contratto, ma solo ove ciò potenzi il beneficio del consumatore.

L'orientamento della Corte a favore di una maggiore considerazione in concreto dell'interesse del consumatore rispetto alle soluzioni conseguenti all'invalidità è stato, del resto, confermato e si è potuto costruire in modo più lineare quando ha riguardato il problema rovesciato: vale a dire le conseguenze dell'invalidità di una clausola vessatoria suscettibile di travolgere la validità dell'intero contratto. Anche in tale ipotesi, a partire dal caso *Kàsler*, si era diffusa una supposizione astratta, che cioè la nullità integrale fosse “*mehr stein als brot*” per il consumatore e che la nullità generale del contratto potesse incoraggiare i professionisti a perseverare nelle loro prassi scorrette: l’“arma” di poter far “saltare” l'intero contratto è apparsa un disincentivo a preferire prassi corrette o addirittura un incentivo a inserire clausole vessatorie proprio al cuore del contratto, così indebolendo l'effetto regolatorio generale.

Sennonché anche tale supposizione è stata smentita nei fatti da due casi nei quali, rispettivamente, la disposizione chiamata ad integrare il contratto non è apparsa idonea a tutelare il consumatore e, in altra vicenda, la soluzione della totale invalidità del contratto si è dimostrata in concreto più protettiva del consumatore rispetto alla via dell'integrazione.

La prima problematica si è posta nel caso *Zsuzsanna Dunai* (61) (ma similmente anche nel caso *OTP Bank* (62) nel quale un contratto di mutuo prevedeva clausole che applicavano il tasso di cambio di acquisto di una determinata valuta al momento dell'erogazione del finanziamento e il tasso di cambio di vendita di un'altra valuta per il rimborso del finanziamento. Nel contempo, in attuazione della giurisprudenza *Kàsler*, la legislazione ungherese aveva previsto, con efficacia retroattiva, la sostituzione automatica delle clausole invalide con una norma che contemplava l'applicazione del tasso di cambio ufficiale, fissato dalla Banca Nazionale per la valuta corrispondente, sia per quanto concerneva l'erogazione del prestito sia per quanto riguardava il suo rimborso. **Tale sostituzione automatica, tuttavia, non eliminava il rischio di cambio fra il momento dell'erogazione e quello della restituzione**, sicché è stato sottoposto alla Corte di Lussemburgo il problema della possibile vessatorietà di dette clausole. L'Avvocato generale, intervenuto nel giudizio Dunai, ha provato a sostenere che l'obiettivo deterrente invocato in altri giudizi dalla Corte avrebbe dovuto orientare per la salvaguardia del contratto che, in quanto inficiato in una sua clausola essenziale, senza la sostituzione automatica avrebbe rischiato di essere integralmente travolto. Per un altro verso, ha lasciato trapelare le ragioni della prevedibilità per le banche, ossia per i professionisti, e dunque la capacità della soluzione della sostituzione automatica di preservare le ragioni dell'efficienza. **Per converso, la Corte di Giustizia non solo ha negato la possibilità di invocare la scriminante della riproduzione della norma di legge, ma oltretutto ha ritenuto che la norma sostitutiva fosse suscettibile di essere giudicata ulteriormente vessatoria.** In particolare, constatato il carattere non trasparente della clausola contrattuale e, dunque, l'idoneità dell'oggetto a rientrare nel vaglio della vessatorietà, ha ravvisato l'incapacità della norma sostitutiva di eliminare il rischio di cambio per il consumatore e dunque la necessità di rimuoverla, anche a costo della nullità dell'intero contratto. La virata nettamente a favore della giustizia del contratto e del mercato e non della pura efficienza, che avrebbe richiesto la certezza del diritto garantita dalla legge operante la sostituzione automatica, palesa la vera logica del sistema dell'Unione finalizzata alla giustizia inclusiva. Non vi è dubbio, infatti, che dal punto di vista dell'effetto preventivo e deterrente non vi sia monito più efficace per gli imprenditori di quello di astenersi da clausole svantaggiose per il consumatore, non essendo *a priori* determinabile e prevedibile con certezza l'effetto sul contratto del giudizio di vessatorietà, in quanto questo sarà orientato prevalentemente dalle ragioni di tutela della *weaker party*.

Si prega di non riprodurre o diffondere i contenuti e il materiale riportati nella presente dispensa 15 perché coperti dal diritto d'autore.

Giappichelli Formazione

LEZIONE DEL 18 SETTEMBRE 2021

Infine, il cerchio si chiude con la sentenza *Dziubak* (63) **Corte giust. UE, 3 ottobre 2019, C-260/18**, Kamil Dziubak e Justyna Dziubak v. Raiffeisen Bank International AG.

Che delinea ulteriori paradigmi tesi ad orientare le conseguenze dell'invalidità delle clausole vessatorie nel solco di una verifica sempre più affidata ad accertamenti concreti, dominati da due elementi trainanti: da un lato, l'accertamento in concreto della soluzione rimediabile più protettiva per il consumatore, che genera un'incertezza coerente con l'effetto deterrente per i professionisti e per gli imprenditori, da un altro lato, la difesa di un nucleo essenziale e intangibile insito nell'autonomia privata. Nello specifico, in una vicenda in cui la clausola vessatoria relativa all'indicizzazione del mutuo poneva a rischio la validità dell'intero contratto, l'alternativa fra la possibile integrazione o la nullità generale viene affidata ai seguenti criteri. L'integrazione può avvenire: solo se la sostituzione è in concreto per il consumatore più vantaggiosa della nullità generale; solo se è effettuata attraverso norme suppletive o attraverso norme che presuppongono l'accordo delle parti e non tramite tecniche integrative che si avvalgono dell'equità o degli usi; solo se le norme suppletive non si dimostrano – come era emerso nel caso *Dunai* – in concreto abusive. Ove le molteplici condizioni non si verificano, può applicarsi la nullità generale e non può il giudice utilizzare l'argomento del suo eventuale carattere svantaggioso per il consumatore per non applicare la relativa disciplina, ove questa sia invocata dal consumatore medesimo. Se il consumatore può opporsi al rimedio della nullità, operante a suo vantaggio, in caso di rilievo d'ufficio, *a fortiori*, deve potersi opporre al rifiuto giudiziale (pur motivato da un presunto interesse del consumatore) di concedergli il rimedio della nullità.

La logica dell'*access justice* comincia a prendere decisamente forma.

La massima tutela del consumatore e la regolamentazione del mercato non confliggono mai, al contrario: la massima tutela del consumatore accertata in concreto e non supposta in astratto attua la giustizia contrattuale e, al contempo, orienta professionisti e imprenditori verso una correttezza reale nella determinazione del contenuto contrattuale, che non asseconda calcoli utilitaristici volti ad aggirare o mitigare la disciplina protettiva, prevedendone gli esiti. In tal modo, la giustizia del contratto realizza alla perfezione l'obiettivo regolatorio del massimo disincentivo a tenere condotte scorrette che potenzia la massima inclusione nel mercato.

Si completa, in tal modo, l'immagine della giustizia inclusiva: essa orienta e regola la disciplina del contratto affinché tale strumento del mercato non sia utilizzato in maniera distorta, a rischio di estromettere taluni dal mercato; al contempo, non si spinge mai ad intaccare nella sua essenza quello che è lo strumento stesso del mercato, vale a dire l'autonomia contrattuale, che per l'UE (come del resto anche per gli Stati membri) deve ritenersi un principio istituzionale dotato di una garanzia d'istituto.

Ma se questi sono i tratti della giustizia inclusiva qual è il suo rapporto con la giustizia sociale, anche alla luce delle sentenze della Corte di Giustizia che, dopo l'approvazione della Carta dei diritti fondamentali, sembrano tenere conto degli effetti della scelta rimediabile sulla tutela di un diritto sociale, come quello all'abitazione?

Omissis.

Omissis.