

BEATRICE CORDELLI^(*)

L'INTERESSE DEL CONSUMATORE TRA NULLITÀ DI PROTEZIONE E INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO

Abstract: The essay analyzes the nullity legal provision as a remedy for the consumer in the Italian and European legal system, as well as the related problem of the limits of judicial review of the contract.

SOMMARIO: 1. Tutela del consumatore e sistema delle invalidità negoziali. – 2. Rilevabilità d'ufficio e nullità delle clausole vessatorie nella prospettiva giurisprudenziale. – 3. La nullità di protezione tra interesse del consumatore e interesse del mercato. – 4. Il problema dell'integrazione cogente. – 4.1. Segue: la nullità di protezione nel codice del consumo. – 5. Il giudizio di vessatorietà nei contratti del consumatore. – 6. Limiti dell'integrazione giudiziale nel rapporto contrattuale.

1. — *Tutela del consumatore e sistema delle invalidità negoziali.*

Il sistema delle invalidità negoziali disegnato dal codice civile italiano del 1942 risente dell'influsso esercitato dalle costruzioni dottrinali della pandettistica tedesca e, come tale, recepisce il modello binario basato sulla distinzione tra nullità ed annullabilità⁽¹⁾. Le caratteristiche differenziali tra le due patologie fanno riferimento, sul piano teorico, a due fondamentali aspetti. Il primo riguarda la natura giuridica degli interessi protetti, superindividuali

(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 1994 (rist.), p. 460 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., ma 1948, p. 316 ss.; S. PUGLIATTI, *I fatti giuridici*, a cura di A. Falzea, Milano, 1996 (rist.), p. 162 ss.; F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Napoli, 2016 (rist. 3^a ed. 1951), p. 333 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2008 (rist. 2^a ed. 1969), p. 349 ss.; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, Milano, 4^a ed., 2016, p. 1455 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989 (rist.), p. 245 ss.

nella nullità ed individuali nell'annullabilità⁽²⁾; il secondo attiene, invece, al trattamento giuridico dell'atto nullo, inefficace fin dal suo nascere, e dunque, incapace di modificare l'assetto giuridico preesistente, laddove l'atto annullabile è produttivo di effetti precari, destinati ad essere eliminati qualora sia esercitata con successo l'azione di annullamento.

Per quanto concerne la nullità, sono considerati, quali conseguenze della valenza pubblicistica degli interessi tutelati, la legittimazione all'azione, estesa a chiunque vi abbia interesse, la possibilità del giudice di rilevare d'ufficio la patologia (art. 1421 c.c.), nonché la tendenziale insanabilità dell'atto (art. 1423 c.c.). Viceversa, in quanto predisposta a tutela degli interessi appartenenti ad una delle parti del rapporto, l'annullabilità può essere fatta valere soltanto dal contraente nel cui interesse è fissata (art. 1441 c.c.) ed è sanabile su iniziativa dello stesso attraverso convalida (art. 1444 c.c.).

La tradizionale elaborazione unitaria dell'invalidità come categoria giuridica omogenea e la sua strutturazione nelle due diverse accezioni, in relazione alla maggiore o minore gravità, di nullità ed annullabilità, appare oggi inadatta a dare interpretazioni coerenti alle nuove ipotesi di nullità c.d. speciali⁽³⁾.

⁽²⁾ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 3^a ed., Milano, 2019, p. 567 ss., spec. p. 599; V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto. Artt. 1418-1423*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2015, p. 85 ss. Questa impostazione va però integrata alla luce della dicotomia tra nullità assoluta e nullità relativa, sulla quale v. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, 2^a ed., Napoli, 2011, p. 35 ss., ove si rileva l'impossibilità di risolvere il problema sulla base della distinzione tra interessi generali e individuali; cfr. anche S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 22 ss., su una rinnovata nozione di interesse pubblico quale interesse che deve essere soddisfatto affinché altri interessi individuali lo siano; R. DI RAIMO, M. FRANCESCA, A.C. NAZZARO (a cura di), *Percorsi di diritto civile. Studi 2009/2011*, Napoli, 2011, p. 251 ss. In generale, sulla incidenza diretta e indiretta dell'interesse pubblico sulla causa del negozio v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4^a ed., IV, *Attività e responsabilità*, Napoli, 2020, p. 48 ss.

⁽³⁾ In argomento, cfr. G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 84 ss.; V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, cit., p. 67 ss.; G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto. Saggi*, 2^a ed., Torino, 2015, p. 31 ss.; G. AMADIO, *Nullità speciali: problema o sistema?*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2018, p. 347; G. ALPA, *Il contratto in generale. Principi e problemi*, Milano, 2014, pp. 150-151; A. GORASSINI, *L'istituto codicistico della nullità del contratto*

A partire dall'inizio degli anni novanta del XX secolo, infatti, cambia notevolmente lo scenario normativo e, in misura graduale, quello interpretativo, allorché, specie sotto il condizionamento della legislazione di stampo europeo, frequentemente si fa ricorso alla nullità per sanzionare fattispecie in cui si individua la lesione di interessi individuali e particolari, concernenti la posizione di contraenti che si trovino in una situazione di fisiologica debolezza e di asimmetria economica e contrattuale rispetto alla controparte.

L'obiettivo, quindi, è quello di prevenire o neutralizzare regole pattizie inique, in situazioni nelle quali il maggior potere di uno dei contraenti gli consente, di fatto, di imporre le regole dell'affare⁽⁴⁾.

La difficoltà di inserire la nullità di protezione entro i modelli tradizionali di invalidità si evidenzia laddove la relativa indagine trova risposta, solo approssimativamente, mediante un generico riferimento alla tutela del contraente debole. Alla base della legislazione europea, infatti, troviamo esigenze di portata decisamente più ampia, volte ad ottenere, attraverso il riequilibrio di singole operazioni di scambio, un complesso disegno di regolazione del mercato, visibile soprattutto nei rapporti di massa⁽⁵⁾.

Le nuove nullità, in questa prospettiva, permetterebbero al legislatore europeo di attuare obiettivi di politica legislativa. Il fondamento di questo tipo di nullità si ravvisa, secondo la dottrina prevalente, nella creazione di un nuovo concetto di ordine pubblico e, quindi, di norma imperativa inderogabile⁽⁶⁾.

Conseguentemente al superamento delle distinzioni tradizionali tra nullità ed annullabilità⁽⁷⁾, si può sostenere che «da categoria delle nullità di protezione sia testimone evidente della c.d. frantumazione della nullità, ovvero

e le variabili delle c.d. nullità speciali, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 199 ss.; N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, p. 185 ss.

⁽⁴⁾ S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016, p. 4.

⁽⁵⁾ In argomento, v. G. RECINTO, M.R. NUCCIO, *Le nullità di protezione*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHURTY (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, p. 143 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, cit., p. 9 ss.

⁽⁷⁾ Cfr. M. FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto. Artt. 1425-1426*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano, 2015, 2^a ed., p. 6 ss., spec. p. 14 ss.

come non esista più una nullità intesa come vizio originario del contratto, che possa essere fatto valere da tutti e che possa essere sempre rilevato d'ufficio da parte del giudice»⁽⁸⁾.

Al contrario, si riscontra una multiforme tipologia di nullità del contratto, in cui sono ricomprese sia le nullità assolute (rilevabili dalle parti e dai terzi interessati oltre che, d'ufficio, dal giudice), sia le altre nullità, a legittimazione ristretta (poste a tutela di soggetti determinati per *status* e rilevabili solo da questi con il conseguente temperamento della rilevabilità d'ufficio).

Questa prospettiva risulta più evidente nella legislazione a tutela dei consumatori, che ha previsto il ricorso, sempre più frequente, all'uso della nullità in contesti caratterizzati essenzialmente da due circostanze. La prima si riferisce al caso in cui il rimedio sanzionatorio della nullità sia previsto al fine di proteggere direttamente l'interesse del contraente più debole, prima ancora e oltre la tutela assicurata anche a interessi generali, principio che si traduce nella riserva della legittimazione ad eccepire la nullità in capo al solo contraente protetto. La seconda circostanza, invece, attiene al caso in cui la nullità non riguardi gli elementi essenziali del contratto (oggetto, causa accordo, forma), quanto piuttosto singole clausole. In tale ipotesi, la sanzione della nullità verrà limitata alle stesse singole clausole, senza inficiare l'intero contratto (c.d. nullità parziale necessaria).

Uno degli aspetti qualificanti le nullità introdotte dalla legislazione di derivazione europea, risulta essere la frequente restrizione di legittimazione attiva al solo contraente debole. È questo soggetto, infatti, l'unico potenziale promotore dell'azione volta a far valere, ai sensi dell'art. 36 c.cons. (d.lgs. 206/2005), la nullità delle clausole vessatorie predisposte in suo danno dal professionista⁽⁹⁾; così come è statuito, in maniera analoga, riguardo alla nullità dei patti accessori ad una vendita di beni di consumo, volti a limitare i diritti azionabili dal consumatore in presenza del difetto di conformità (art. 134 c.cons.).

⁽⁸⁾ A. FREDA, *Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul dovere-potere di rilevazione officiosa*, in *Ricerche giur.*, 2013, p. 591.

⁽⁹⁾ Sulle figure del consumatore e del professionista, v. L. MEZZASOMA, *Il consumatore e il professionista*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHURTY (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, cit., p. 13 ss.

L'art. 36 c.cons. introduce la modifica più innovativa rispetto a quanto disciplinato precedentemente. Nella norma *de qua*, infatti, si prevede che, nel caso di abusività della clausola, non si preveda più la sua inefficacia⁽¹⁰⁾ ma la nullità: «le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle, mentre il contratto rimane valido per il resto». Il legislatore del 1996, si era limitato, infatti, a definire “inefficaci” le clausole dichiarate abusive, senza soffermarsi sulla fonte e la portata della inefficacia stessa, inducendo così la dottrina a prospettare varie ipotesi circa la patologia giuridica dalla quale risultavano affette le clausole abusive⁽¹¹⁾.

La nullità di protezione *ex* art. 36 c.cons., pertanto, si distingue profondamente rispetto alla nullità parziale disciplinata dall'art. 1419, 1° comma, c.c., secondo il quale la nullità parziale o la nullità di singole clausole determina la nullità dell'intero contratto se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto colpita da nullità⁽¹²⁾. L'art. 36 c.cons., inoltre, introduce una disciplina della nullità protettiva pensata in conformità con gli artt. 1419 e 1421 c.c.: una nullità parziale rilevabile d'ufficio dal giudice, ma a tutela esclusiva del consumatore (ossia rilevabile su iniziativa del consumatore, ma non dal professionista)⁽¹³⁾.

La nullità delle clausole abusive si distingue, innanzitutto, per la sua parzialità: vi è un'eccezione, legalmente disciplinata, all'applicazione del giudizio di nullità parziale previsto dall'art. 1419 c.c.; il secondo dato tipico di tale nullità è costituito dalla rilevabilità di ufficio⁽¹⁴⁾: non si deroga alla disciplina dell'art. 1421 c.c., ma viene prospettato un risultato diverso rispetto ad altre

⁽¹⁰⁾ Come veniva previsto dall'art. 1469-*quinquies* c.c., per il quale «le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 1469-*bis* e 1469-*ter* sono inefficaci, mentre il contratto rimane efficace per il resto».

⁽¹¹⁾ Cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., pp. 354-355 e 578 ss.

⁽¹²⁾ Sul punto, v. V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto*, cit., p. 153 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, 2, 3ª ed., Padova, 2015, p. 437; R. SACCO, *Le invalidità*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, 10, *Obbligazioni e contratti*, II, 4ª ed., Milano, 2018, p. 597; F. GALGANO, *Il Contratto*, 3ª ed., Milano, 2020, p. 337 ss.

⁽¹³⁾ V. *infra*, § 4.

⁽¹⁴⁾ Cfr. A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, 2ª ed., Milano, 2020, p. 306 ss.

ipotesi di nullità protettiva, organizzate come nullità relative, conoscibili dal giudice a seguito dell'eccezione della parte a tutela della quale la nullità viene stabilita.

Molto si è dibattuto, infatti, circa la compatibilità logica tra l'invalidità mossa ad iniziativa di una sola parte e la previsione della legittimità di un intervento d'ufficio del giudice in grado di condizionare le sorti della relativa fattispecie. La rilevabilità d'ufficio è prevista, secondo la dottrina classica, al fine di eliminare un atto idoneo a suscitare situazioni giuridiche precarie, impedendo così la formazione di giudicati sulla validità del contratto nullo. Pertanto, tale regola perderebbe la propria ragione d'essere nelle ipotesi in cui la nullità assuma natura relativa. Attualmente, invece, la dottrina maggioritaria sostiene che possa sussistere un legame tra la *ratio* della comminatoria di nullità, consistente nella lesione di un interesse generale, e la facoltà dell'autorità giudiziaria di eccepire la causa prescindendo da un'eventuale domanda presentata dalle parti in tal senso: obiettivo primario, infatti, è il rispetto della norma imperativa⁽¹⁵⁾.

Essendo attribuito anche alla nullità di protezione il perseguimento di obiettivi indipendenti dalla tutela della parte debole del rapporto contrattuale e considerando che questo tipo di nullità tende all'interesse pubblico di tutela del mercato, la conseguenza logica si tradurrà nella rilevabilità d'ufficio di una nullità che, nonostante sia concepita, *in primis*, come protezione di una parte, risponde comunque ad interessi collettivi⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Cfr., per tutti, G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 87 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 55 ss.

⁽¹⁶⁾ In tal senso, v. Cass., Sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Contratti*, 2012, p. 869. con nota di S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: «Eppur si muove?»*; in *Giur. it.*, 2013, p. 299, con nota di M. RIZZUTI, *Il problema dei limiti alla rilevabilità officiosa delle nullità*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, p. 15, con nota di C. SCOGNAMILGIO, *Il giudice e le nullità, punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*. Questa sentenza, infatti, ha dichiaratamente prestato adesione alla tesi secondo la quale la *ratio* del rilievo officioso, in capo al giudice, della più grave delle patologie dell'atto negoziale consiste (anche) nella tutela di interessi generali sovra-individuali. Sul dibattito dottrinale in ordine alla nullità del contratto per violazione della norma imperativa, cfr. P.M. PUTTI, *Le nullità contrattuali*, in *Diritto civile. Tratt. Lipari-Rescigno-Zoppini*, 3, *Obbligazione*, Milano, 2009, p. 963 ss.

Quanto sostenuto, è in grado di dimostrare che anche queste nuove fattispecie si pongono, come la nullità tradizionale, a garanzia di valori fondamentali dell'ordinamento, con la peculiarità che, nel caso specifico, si tratta di interessi "di serie o di massa" dei quali «la parte è portatrice in forza di una propria condizione oggettiva»⁽¹⁷⁾. L'art. 1421 c.c. dovrà essere applicato tenendo conto anche di quanto dispone il codice di procedura civile, secondo cui la nullità sarà rilevabile solo qualora risulti dagli atti acquisiti in giudizio (art. 115 c.p.c.), rispettando il principio della domanda (art. 99 c.p.c.) e quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.). Il giudice, secondo questa visione, deve adeguare il suo intervento officioso al reale interesse del consumatore. Motivo per cui è suo compito sollecitare il contraddittorio tra le parti sulle questioni rilevabili d'ufficio e procedere a rilevare la nullità soltanto se da essa non derivi alcun pregiudizio per il contraente debole e, comunque, solo se lo stesso abbia eccepito il vizio.

In quest'ottica, si esclude che il giudice, in presenza di una nullità di protezione, possa rilevarla quando il soggetto legittimato ad agire abbia espresso, in maniera esplicita o in maniera tacita, la volontà di convalidare l'accordo o la clausola nulli e questo riveli dagli atti del giudizio.

2. — *Rilevabilità d'ufficio e nullità delle clausole vessatorie nella prospettiva giurisprudenziale.*

La Corte di Giustizia dell'Unione europea è intervenuta con diverse sentenze in materia di clausole abusive nei contratti del consumatore. Principio cardine di queste pronunce, è l'affermazione per cui l'intervento positivo di soggetti estranei al rapporto sia necessario per garantire l'effettività della tutela che le norme comunitarie conferiscono ai consumatori⁽¹⁸⁾. L'intervento

⁽¹⁷⁾ V. ROPPO, *Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2011, p. 842.

⁽¹⁸⁾ L'obiettivo di garantire una tutela effettività del consumatore, è confermata ora, dall'art. 8-ter della direttiva 93/13 CEE, così come introdotto dalla direttiva UE 2019/2161 del 27 novembre 2019, che invita gli Stati membri a rafforzare i meccanismi sanzionatori previsti per la violazione delle norme a tutela dei consumatori.

riequilibratore del giudice, in presenza di un giudizio iniziato dalle parti di un determinato rapporto contrattuale, secondo la Corte, diventa il miglior rimedio successivo.

Nella sentenza *Océano Grupo*⁽¹⁹⁾ ha affermato che nella normativa sulle clausole abusive, la direttiva 93/13 CEE⁽²⁰⁾ comporta che «il giudice nazionale, nell'esaminare l'ammissibilità di un'istanza propositagli, possa valutare d'ufficio l'illiceità di una clausola del contratto di cui è causa». Questo orientamento è stato ribadito nella sentenza *Cofidis*⁽²¹⁾, con la precisazione che tale potere non debba essere sottoposto ad alcun limite temporale di esercizio da parte delle normative nazionali, perché ciò indurrebbe ad una ingiustificata diminuzione della tutela che la normativa comunitaria riserva al consumatore. Il principio è stato esteso alla direttiva 87/102 CEE «relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito di consumo (come modificata dalla direttiva 98/7 CEE)» con la sentenza *Rampion e Godard*⁽²²⁾.

Seguendo l'ordine cronologico, alla pronuncia *Cofidis* è seguita la sentenza *Mostaza Claro*⁽²³⁾, con la quale la Corte di Giustizia ha assunto una posizione ancora più decisa rispetto alle pronunce precedenti, giacché ha consentito che la nullità della clausola arbitrale vessatoria contenuta nel contratto intercorrente tra professionista e consumatore, potesse essere rilevata d'ufficio 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 arbitrale.

Assistiamo ad una evoluzione ulteriore, da parte della Corte di Giustizia, che anticipa lo sviluppo successivo del tema, dove non si parlerà più di mera possibilità di rilevazione, ma si affermerà che il giudice nazionale è tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale.

⁽¹⁹⁾ Corte giust., 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, in *Racc.*, I-4941.

⁽²⁰⁾ Sulla evoluzione della disciplina delle clausole vessatorie, v. V. RIZZO, *La disciplina delle clausole vessatorie: profili storici*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA, F. RIZZO (a cura di), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2014, p. 39 ss.

⁽²¹⁾ Corte giust., 21 novembre 2002, C-473/00, in *Racc.*, I-10875.

⁽²²⁾ Corte giust., 4 ottobre 2007, C-249/05, in *curia.europa.eu*.

⁽²³⁾ Corte giust., 26 ottobre 2006, C-168/05, in *Foro it.*, 2007, IV, c. 373 ss.

Sulla base delle considerazioni svolte, la sentenza *Mostaza Claro* costituisce, senz'altro, il primo, importante passo verso un rilevante mutamento di prospettiva da parte della Corte di Giustizia rispetto alle decisioni precedenti. Se nella sentenza *Océano Grupo Editorial e Cofidis* è il conseguimento della finalità protettiva richiesto dalla direttiva 93/13 CEE che impone di sottrarre l'esclusiva disponibilità del rimedio alle scelte del consumatore, ammettendo in via suppletiva un intervento giudiziale, nella sentenza *Mostaza Claro*, pronunciata poco più di cinque anni dopo, viene riconosciuta, in capo al giudice nazionale, la valutazione d'ufficio della abusività della clausola in virtù del carattere imperativo delle norme contrastanti l'inserimento di clausole abusive.

Successivamente a questa pronuncia, quindi, la rilevabilità d'ufficio della nullità acquista «la funzione di presidiare un interesse generale (che consiste proprio nella tutela accordata al consumatore) su cui insisteranno tutte le successive pronunce»⁽²⁴⁾.

L'esplicita previsione dell'esistenza di un effettivo obbligo in capo al giudice nazionale di pronunciarsi d'ufficio sulla natura abusiva di una clausola contenuta nei contratti conclusi tra professionista e consumatore, costituisce, quindi, il punto finale dell'intera evoluzione interpretativa svolta dalla Corte di Giustizia. Ciò, in particolare, risulta evidente nella sentenza *Pannon GSM*⁽²⁵⁾, la quale, in effetti, si allontana dalle precedenti pronunce (*Océano Grupo*, soprattutto, *Mostaza Claro*), nella conclusione finale, pur riprendendone le motivazioni. La sentenza, infatti, afferma esplicitamente il dovere, e non la mera facoltà, dell'autorità giudiziaria di verificare la vessatorietà di una pattuizione negoziale nell'interesse del contraente debole, in caso di inerzia di quest'ultimo sul piano processuale. Ecco, quindi, come, nonostante una evidente verosimiglianza tra i fatti che hanno dato origine a tali procedimenti, la decisione in commento se ne distacca in quanto attribuisce un rilievo ancora maggiore al ruolo del giudice.

La pronuncia della Corte ha evidenziato, in via preliminare, come l'ob-

⁽²⁴⁾ R. ALESSI, *Nullità di protezione e poteri del giudice tra Corte di giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Europa dir. priv.*, 2014, p. 1141 ss.

⁽²⁵⁾ Corte giust., 4 giugno 2009, C-243/09, in *Foro it.*, 2009, IV, c. 489 ss.

bligato imposto agli Stati membri dall'articolo 6 della direttiva 93/13 CEE⁽²⁶⁾ sia finalizzato a riconoscere un diritto al cittadino, in veste di consumatore, considerato come soggetto potenzialmente debole, giacché posto in una situazione di inferiorità rispetto alla controparte imprenditrice⁽²⁷⁾. Pertanto, verrebbe meno la possibilità concreta di perseguire quella finalità di protezione nei confronti del contraente debole, così come sancito dalla normativa comunitaria «se i consumatori fossero tenuti a eccepire essi stessi l'abusività di una clausola inserita nel contratto di cui sono parte».

Deriva che diventa necessario estendere la tutela riconosciuta in capo al consumatore anche a tutte quelle situazioni in cui quest'ultimo non sollevi il problema della abusività della clausola, in quanto ignori i suoi diritti, o sia dissuaso dal difenderli a causa della esosità delle spese conseguenti alla promozione di un'azione giudiziaria⁽²⁸⁾.

La conclusione, a cui già, come visto, la Corte di Giustizia è giunta nella sentenza *Mostaza Claro*, è che spetti al giudice compiere d'ufficio la valutazione di vessatorietà, anche quando la parte debole non lo richieda esplicitamente.

Questa considerazione è giustificata dalla natura e dall'importanza dell'interesse pubblico che sta alla base della protezione garantita al consumatore⁽²⁹⁾, la quale tende a ricostituire l'uguaglianza tra le parti contrattuali e diventa, inoltre, elemento necessario per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità. La Corte rileva, conseguentemente, la necessità di riconoscere in capo al giudice nazionale «il compito di garantire l'effetto utile della tutela cui mirano le disposizioni della direttiva»⁽³⁰⁾.

⁽²⁶⁾ Secondo l'art. 6, 1° comma: «Gli Stati membri prevedono le clausole abusive nel contratto tra professionista e consumatore, non vincolano il consumatore e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive».

⁽²⁷⁾ In luogo della tradizionale figura del consumatore come contraente debole, v. ora il riferimento al consumatore vulnerabile in *Occasional Paper No. 8: Consumer Vulnerability*, FCA (FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY), in *fca.org.uk*.

⁽²⁸⁾ Punto n. 30 direttiva 93/13 CEE.

⁽²⁹⁾ Punto n. 31 direttiva 93/13 CEE.

⁽³⁰⁾ La Corte di Giustizia fa spesso riferimento al principio dell'effetto utile, in virtù del quale l'interpretazione di una norma dovrà facilitare la realizzazione dell'obiettivo in essa pre-

La Corte di Giustizia si dimostra, così, coerente con la normativa europea e con la natura pubblicistica degli obiettivi di protezione da essa perseguiti circa la questione pregiudiziale, riconoscendo che il giudice nazionale deve, imperativamente, esaminare la natura abusiva di una clausola contrattuale contenuta nel negozio stipulato tra un professionista e un consumatore, anche in sede di verifica della propria competenza territoriale e indipendentemente da una richiesta delle parti in tal senso.

Alle pronunce europee, hanno fatto seguito, in Italia, le sentenze della Suprema Corte a Sezioni unite del 2014⁽³¹⁾. Le due pronunce, in quanto presentano stesse motivazioni nella loro parte nomofilattica, possono essere ricordate insieme.

Le sentenze avvalorano, in primo luogo, l'impostazione secondo la quale «il ruolo della categoria della nullità» si conforma «alla natura di sanzione ordinamentale conseguente all'irredimibile disvalore assegnato a un invalido assetto negoziale». La Corte sostiene, infatti, la rilevabilità officiosa della questione di nullità, ai sensi dell'art. 1421 c.c., tutte le volte in cui la domanda mette in gioco il contratto, sia che si tratti dell'azione di adempimento oppure di una qualsiasi impugnativa negoziale (annullamento, rescissione o risoluzione)⁽³²⁾.

fissato. I giudici di Lussemburgo se ne avvalgono, in particolare, per garantire l'efficacia diretta di decisioni e direttive. L'efficacia diretta delle direttive consiste nell'idoneità della norma, espressa dalle direttive stesse, a creare diritti e obblighi direttamente in capo alle persone fisiche o giuridiche, attribuendo loro la facoltà di azionare la stessa dinanzi a giudici interni.

⁽³¹⁾ Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *Contratti*, 2015, con nota di S. PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione... a mo' di bussola per rivedere Itaca*; ID., *Il punto e la linea: nullità contrattuale e rilievo officioso dopo il 2014*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 946 ss.

⁽³²⁾ V., in precedenza Cass., Sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, cit., secondo cui «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 e, provocato il contraddittorio sulla questione, deve rigettare la domanda di risoluzione volta ad invocare la forza del contratto. Pronuncerà con efficacia idonea al giudicato sulla questione di nullità, ove, anche a seguito di remissione in termini, sia stata proposta la relativa domanda». Secondo Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, cit., «la nullità del contratto deve essere rilevata d'ufficio dal giudice, nel senso delle indicazioni alle parti di tale vizio, sia in controversie su

3. — *La nullità di protezione tra interesse del consumatore e interesse del mercato.*

Il quadro giurisprudenziale appena tracciato sul tema della rilevabilità d'ufficio delle nullità relative di protezione va completato con uno sguardo al dibattito dottrinale, ancora in corso, circa la *ratio* dell'art. 1421 c.c.

Secondo l'orientamento prevalente, il potere del giudice di rilevare la nullità, senza il rilievo di una apposita istanza di parte, si fonda sulla tutela dei valori fondamentali dell'ordinamento, ovvero sulla «funzione di contrasto a negozi riprovevoli perché lesivi di interessi indisponibili»⁽³³⁾ che l'autorità giudiziaria è chiamata ad adempiere.

Sulla base di quanto detto, molto si è dibattuto circa la compatibilità tra legittimazione all'azione prevista per le nullità di protezione e rilevabilità

vizi genetici (annullamento o rescissione) sia in quelle su vizi funzionali (adempimento o risoluzione), a meno che la controversia non sia risolta in base ad una accertata ragione più liquida che consente di chiudere quella lite senza dover affrontare, neppure incidentalmente, problemi di validità o meno del contratto».

Le due sentenze in esame hanno il merito, in forza della loro funzione “nomofilattica”, di chiarire il tema dei rapporti tra il potere che ha il giudice di accertare d'ufficio la nullità e il principio della domanda, tenendo conto anche delle norme (artt. 276 e 279 c.p.c.) che disciplinano le questioni del processo secondo l'ordine gradato richiamato dal codice di rito, in applicazione del principio della “ragione più liquida”. Secondo Cass., Sez. un., 8 maggio 2014, n. 9936, in *leggiditalia.it*, il principio processuale della ragione più liquida è desumibile dagli artt. 24 e 111 Cost., e consente al giudice di esaminare un motivo di merito, suscettibile di garantire la definizione del giudizio, anche in presenza di una questione pregiudiziale. In senso conforme, v. Cass., 28 maggio 2014, n. 12002, in *leggiditalia.it*. V. anche Cass., 20 gennaio 2016, n. 896, in *Contratti*, 2016, p. 771 ss., con nota di E. BIVONA, *Rilevabilità d'ufficio della nullità tra regole sul contratto e regole sul processo*, ove si afferma che «la rilevazione officiosa delle nullità negoziali, in tutte le ipotesi di impugnativa negoziale (adempimento, risoluzione per qualsiasi motivo, annullamento, rescissione) e sotto qualsiasi profilo (anche diverso da quello allegato dalla parte e altresì per le ipotesi di nullità speciali o di protezione), è sempre obbligatoria, purché la pretesa azionata non venga rigettata in base ad una individuata ragione più liquida, e va intesa come indicazione alle parti di tale vizio; la loro dichiarazione, invece, ove sia mancata un'espressa domanda della parte pure all'esito della suddetta indicazione officiosa, costituisce statuizione facoltativa (salvo per le nullità speciali, che presuppongono una manifestazione di interesse della parte) del medesimo vizio, previo suo accertamento, nella motivazione e/o nel dispositivo della pronuncia, con efficacia, per altro, di giudicato in assenza di sue impugnazioni».

⁽³³⁾ V., per tutti, S. PAGLIANTINI, *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 753 ss.

d'ufficio. Le perplessità riguardavano, in particolare, la possibilità del giudice di accertare d'ufficio tale forma di invalidità "speciale", a tutela del solo contraente debole, senza una specifica richiesta di parte.

All'organo giudiziario spetterebbe il compito di rilevare d'ufficio la nullità solo nel caso di legittimazione assoluta a far valere l'azione *de qua*, in quanto posta a presidio di interessi collettivi: «l'ingerenza giudiziale, di là dalla domanda del soggetto legittimato, si giustificerebbe, infatti, nella misura nella quale risulti preordinata ad attuare interessi che trascendono la sfera individuale delle parti in causa. Così, ritenuto che la nullità di protezione sia finalizzata a tutelare esclusivamente o prevalentemente interessi di una determinata parte contrattuale, non potrebbe giustificarsi la menzionata ingerenza, pena il rischio di mortificare proprio quell'interesse che si intende proteggere»⁽³⁴⁾.

In questa direzione, si è escluso che, nei casi di invalidità relativa, si porrebbero in essere ipotesi idonee a suscitare "affidamenti precari", per cui l'esigenza di una rilevabilità d'ufficio verrebbe meno⁽³⁵⁾. Qualora, infatti, il soggetto legittimato ad agire in giudizio non eccepisse il vizio, si creerebbe un negozio con efficacia di giudicato, non contestabile da terzi.

Nei casi di nullità relative, dunque, non ci sarebbe il bisogno di evitare il consolidamento di affidamenti su negozi di cui un numero non precisato di terzi potrebbe invocare l'invalidità, con il risultato che la previsione della rilevabilità d'ufficio non avrebbe più ragion d'essere. Inoltre, è stato osservato come quest'ultima vada esclusa, giacché si renderebbe vano l'intento del legislatore di limitare ad un soggetto determinato la scelta in

⁽³⁴⁾ N. PRISCO, *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012, p. 86.

⁽³⁵⁾ G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, p. 141; in senso analogo v. G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., pp. 188-189. A. BONFIGLIO, V. MARICONDA, *L'azione di nullità*, in *I contratti in generale*, in *Giur. sist. dir. civ. comm. Bigliani*, Torino, 1991, p. 473. In argomento, v. M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. contr. Roppo*, 4, Milano, 2006, pp. 81-82, ove si ricorda che questo orientamento minoritario era fondato sulla eccezionale disponibilità dell'azione di nullità in capo al contraente legittimato dalla legge, ritenendo logicamente contraddittoria la contigua regola della rilevabilità d'ufficio della nullità ad opera del giudice.

ordine alla sorte del contratto, analogamente a quanto previsto per il contratto annullabile⁽³⁶⁾.

La nullità relativa finirebbe, perciò, «per perdere la propria connotazione di *species* riconducibile al medesimo *genus* della nullità, confondendosi con l'annullabilità, in quanto opererebbe non già *ipso iure*, ma *ope exceptionis*. Il contratto che ne è affetto, in assenza della domanda o eccezione della parte legittimata, produrrebbe tutti i suoi effetti come se fosse annullabile. In realtà, non esistono argomenti decisivi che possano escludere a priori la compatibilità tra nullità relativa di protezione e rilevabilità d'ufficio»⁽³⁷⁾.

Intanto, la supposta incompatibilità tra i due istituti, supportata da tali teorie, è stata disattesa dalla previsione, ad opera del legislatore, per le nullità relative di protezione, sia della legittimazione relativa all'azione, sia della rilevabilità d'ufficio, nonché, come si è visto⁽³⁸⁾, dalle copiose pronunce della Corte di Giustizia.

È stato osservato, al riguardo, che per le nullità di protezione, l'istituto della legittimazione non si traduce nella disponibilità o indisponibilità della tutela. Le nullità relative di protezione, infatti, sono poste a presidio non solo dell'interesse del singolo, parte debole del rapporto, ma anche di un interesse pubblico, quale, ad esempio, la tutela dei traffici giuridici e la regolamentazione del mercato⁽³⁹⁾. A differenza, quindi, dell'annullabilità, la legit-

⁽³⁶⁾ G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., p. 141 ss.; A. BONFIGLIO, V. MARICONDA, *L'azione di nullità*, cit., p. 473 ss.

⁽³⁷⁾ A. ALBANESE, *Contratto Mercato Responsabilità*, Milano, 2008, p. 78. Cfr. anche: M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, p. 449 ss.

⁽³⁸⁾ V. *supra*, § 2.

⁽³⁹⁾ V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 459 ss., spec. p. 462, ove si afferma che «anche laddove, come nella sottocategoria dei contratti del consumatore, la nullità appare finalizzata al perseguimento di interessi individuali, la relativa tutela resta pur sempre espressione di un principio di ordine pubblico di protezione in ragione del carattere collettivo e seriale degli anzidetti interessi cui non può non ritenersi sicuramente connesso anche un interesse (pubblico o sociale) della generalità al corretto funzionamento del mercato». A. FREDA, *Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere-dovere di rilevazione officiosa*, in *Ricerche giur.*, 2013, p. 583 ss., spec. p. 590: «L'introduzione nel sistema delle c.d. nullità di protezione, testimonia in modo tangibile la crisi della

timazione relativa delle nullità di protezione mira soprattutto ad impedire un utilizzo “abusivo” della patologia negoziale da parte del contraente forte, in danno del contraente protetto dalla norma di tutela.

In questa prospettiva, è difficile individuare elementi che possano escludere l'applicazione della rilevabilità d'ufficio in ipotesi di nullità relativa: al contrario, in considerazione dei recenti sviluppi normativi, si può affermare che la rilevabilità d'ufficio sia ormai una caratteristica costante della nullità di protezione, anche quando la norma non la preveda chiaramente, giacché con essa, è possibile, effettivamente, garantire la tutela degli interessi del contraente debole che non rilevi il vizio del negozio.

Alla luce di quanto sostenuto, è facile dedurre che il centro della questione non consiste tanto nella presunta incompatibilità tra rilevabilità d'ufficio e legittimazione relativa all'azione, quanto, piuttosto, nel capire quali potrebbero essere le modalità di esercizio e i limiti di tale intervento giudiziale, nelle ipotesi di nullità di protezione.

Si è evidenziato, infatti, che la rilevazione d'ufficio delle nullità di protezione dovrebbe essere effettuata solamente nell'interesse del contraente a cui la norma presta tutela⁽⁴⁰⁾: il giudice dovrebbe, ogni volta, considerare gli interessi collegati alla fattispecie contrattuale e procedere alla dichiarazione di nullità solo se la stessa risulti a vantaggio del contraente stesso.

Sorgono, invece, dei dubbi su cosa dovrebbe vertere la valutazione del giudice per dichiarare d'ufficio una nullità di protezione, se si debba cioè far riferimento alla volontà del contraente debole⁽⁴¹⁾ o all'interesse tute-

distinzione fra pubblico e privato nella cura degli interessi sottesi alle patologie negoziali. La complessità delle nullità protettive non può più basarsi sulla dicotomia pubblico/privato». L'A. ricorda, in proposito A. GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 761 ss.: «si tratta di patologie tese ad attuare un interesse riferibile al mercato inteso non quale astrazione, ma sintesi delle legittime aspettative degli operatori che quotidianamente ne sono protagonisti (consumatori, utenti, imprese), un interesse destinato ad intrecciarsi inestricabilmente con quello che, a livello macroeconomico, muove il singolo contraente ad invocare la caduta o il riequilibrio della regola contrastante con la comminatoria».

⁽⁴⁰⁾ Si veda in particolare Corte giust., 4 giugno 2009, C-243/09, in *eur-lex.europa.eu*.

⁽⁴¹⁾ G. D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, p. 740 ss.

lato dalla norma, specie nell'ipotesi in cui questi risultino contrastanti⁽⁴²⁾.

La prevalente dottrina⁽⁴³⁾ riconosce una compatibilità tra la legittimazione relativa all'azione e il rilievo d'ufficio del giudice della nullità di protezione, specificamente per quanto riguarda la valutazione di vessatorietà delle clausole contenute nei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore, basandosi sulla considerazione per cui le invalidità protettive, di derivazione comunitaria, non tutelano esclusivamente la parte debole del rapporto contrattuale, ma garantiscono un interesse di natura generale e più ampio, al corretto funzionamento del mercato. Dunque, non escludendosi tali obiettivi a vicenda, in una logica di prevalenza dell'uno sull'altro, ma, piuttosto, intersecandosi tra di loro, non si ravvisa alcuna forma di contrasto nella contestuale presenza di una legittimazione relativa della parte protetta a far valere la nullità e della possibilità dell'autorità giudiziale di supplire autonomamente alla scarsa reattività processuale di quest'ultima.

Posta questa premessa, si può, del resto riflettere sul fatto che un esercizio indiscriminato di tale potere di rilevazione officiosa può compromettere la finalità protettiva perseguita, impoverendo di significato l'attribuzione esclusiva, al contraente debole, della facoltà di decidere in merito alla sorte del contratto viziato⁽⁴⁴⁾. Pertanto, per sopperire al rischio di attribuire al giudice un potere di accertamento dell'invalidità privo di ogni limite, la dottrina ha ritenuto di consentirne l'esercizio esclusivamente nell'interesse del contraente debole, trovando l'avallo, come si è visto⁽⁴⁵⁾, anche del legislatore - il

⁽⁴²⁾ G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, 2010, Napoli, p. 20. Sul punto, parte della dottrina ritiene che il giudice non possa rilevare la nullità di una clausola nel caso in cui il consumatore dichiari di volerla mantenere in vita: v. G. BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 899 ss.

⁽⁴³⁾ Cfr., *ex multis*, S. MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio delle nullità*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 69 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 579; N. PRISCO, *Le nullità di protezione*, cit., p. 89 ss., e parte anche della giurisprudenza: si vedano Trib. Genova, 14 febbraio 2013, in *Nuova giur. civ.*, 2013, p. 1059, con nota di F.P. PATTI; Cass., 13 giugno 2008, n. 16017, in *Contratti*, 2009, p. 133, con commento di V. TISCI.

⁽⁴⁴⁾ M. PIROVANO, *Rilevabilità d'ufficio della nullità e domanda di risoluzione*, in *Contratti*, 2011, p. 677 ss.

⁽⁴⁵⁾ V. *supra*, § 2.

quale, nell'articolo 36 c.cons., stabilisce espressamente che «la nullità (delle clausole contrattuali considerate vessatorie) opera soltanto a vantaggio del consumatore», nonché della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

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»⁽⁴⁶⁾.

Risulta, perciò, necessario individuare i parametri in base ai quali il giudice possa procedere a rilevare la nullità di protezione a tutela della parte legittimata, anche nell'ipotesi in cui questa non abbia agito in tal senso.

In realtà, la soluzione, ritenuta preferibile, è quella per cui il giudice dovrebbe sempre rilevare la causa della nullità relativa, eccezion fatta nel caso in cui il contraente legittimato dichiari un interesse all'efficacia del contratto o della clausola, attraverso un comportamento processuale di invocazione degli effetti negoziali o tenendo un comportamento positivo dal quale si desuma accettazione degli effetti stessi.

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 risulti conforme al vantaggio del soggetto legittimato, ma, piuttosto, si preferisce considerare quale unico limite all'esercizio stesso, l'invocazione o l'accettazione, da parte del contraente debole, degli effetti del negozio⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁶⁾ G. BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, cit., p. 861 ss.

⁽⁴⁷⁾ L'articolo 183, 4° comma, c.p.c., nella fattispecie concreta, supplisce alla necessità di adeguare l'intervento officioso del giudice all'interesse concreto del contraente debole. In realtà, il potere del giudice di rilevare d'ufficio tutte le circostanze che ritenga opportuno trattare, fa sì che la parte debole venga a conoscenza dell'esistenza di una causa di nullità del contratto, consentendole di mantenere in vita il contratto stesso, qualora essa lo voglia. Di conseguenza, avvisati i contraenti sulla possibilità di dichiarare l'invalidità del contratto (o della clausola), l'autorità giudiziaria dovrà astenersi dal pronunciarsi in tal senso se la parte protetta dichiara di volerlo mantenere in vita. Sarà solamente il contraente debole a pretendere l'esecuzione del contratto che, se pur inficiato da una causa di invalidità, soddisfa, comunque il suo interesse. In questo modo, si impedisce al contraente più forte di provocare l'annullamento del rapporto, con la possibile conseguenza che il consumatore non riesca ad ottenere da altri professionisti il bene o il servizio, oggetto dell'accordo nullo: v. S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 685 ss.

4. — *Il problema dell'integrazione cogente.*

Nel codice civile del 1942, il rapporto tra autonomia privata e legge nella normativa sui contratti in generale, si suddivide in due aree principali. Da un lato, le regole e i principi che presiedono alle condizioni di riconoscimento e di stabilità del vincolo contrattuale, che si esplicano nelle discipline delle invalidità e delle risoluzioni; dall'altro, le questioni concernenti il contenuto e gli effetti del contratto.

Nella logica codicistica è prevalente la considerazione della regolare formazione del programma contrattuale rispetto ad un modello perfezionativo già prestabilito.

Il rapporto tra autonomia ed eteronomia si potrebbe tradurre in un rapporto di "regolamento di confini": l'ordinamento, con la previsione di specifici requisiti di struttura ed una funzione lecita e meritevole ai fini della validità, verifica la regolare formazione dell'atto; è attribuita, poi, ai privati la competenza alla determinazione e alla scelta delle regole d'azione, valide *inter partes* e capaci di portare ad attuazione il programma di interessi riconosciuto lecito e di cui garantisce l'impegnatività.

A livello codicistico, il rapporto tra autonomia ed eteronomia si sviluppa ulteriormente: pur restando l'accordo elemento centrale e necessario del contratto, alla formazione dello stesso possono concorrere, ai sensi dell'art. 1374 c.c., la legge e, in mancanza, gli usi e l'equità.

In tale contesto, la funzione dell'integrazione assume una duplice finalità: da una parte garantire, tramite il concorso della fonte legale e di quella giudiziale, efficienza al contratto, fornendo ai contraenti un complesso di regole in grado di colmare un'autonomia privata imperfetta, «permettendole di realizzare i suoi obiettivi altrimenti compromessi dalle sue stesse *défaillances*»⁽⁴⁸⁾; dall'altra, consentire al contratto di essere integrato da provvedimenti eteronomi di carattere autoritativo o correttivo.

L'integrazione contrattuale è stata oggetto, in tempi recenti, di un rinno-

⁽⁴⁸⁾ Cfr. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 458. In argomento, v. A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia-Roma, 2006, p. 42 ss.; F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubb. econ. Galgano*, LVII, Padova, 2010, p. 56 ss.

vato interesse, soprattutto per ciò che attiene alle caratteristiche del diritto del consumatore, che ha introdotto, di fatto, problematiche contrattuali fino ad oggi inusuali. Il riferimento riguarda, in massima misura, l'ipotesi relativa alla c.d. integrazione correttiva, in tutti i casi in cui essa possa essere utilizzata per colmare una lacuna del contratto conseguente alla caducazione o alla dichiarazione di invalidità dello stesso⁽⁴⁹⁾.

Nell'analisi del problema, è sottintesa la necessaria parzialità della nullità; condizione questa che solleva l'esigenza di integrare il contratto, comunque valido, solo relativamente alla clausola colpita da invalidità.

All'interno della tutela dei consumatori, così come configurata dal legislatore europeo, si delinea di conseguenza, una delle principali novità del "nuovo diritto dei contratti". Mentre il codice civile consente la caducazione dell'intero contratto qualora una sua clausola risulti inficiata da nullità «se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità», la *ratio* che governa la tutela del consumatore nei contratti con il professionista, segue un diverso orientamento⁽⁵⁰⁾.

In presenza, infatti, di nullità causate dalla violazione di norme concepite principalmente a protezione di uno dei contraenti, la tutela del consumatore sarebbe compromessa se la salvezza del contratto derivasse dalla discrezionalità del contraente a cui è riferibile la violazione, in quanto, dovrebbe procurarsi in altro modo il bene o il servizio oggetto dell'accordo venuto meno.

Ciò detto, si deduce il principio, concepito in maniera specifica per le clausole vessatorie ma ritenuto generalmente estendibile in via analogica ad ogni ipotesi di nullità di protezione, in base al quale, la nullità debba ritenersi parziale, mantenendo, così, l'efficacia del contratto. Da ciò, scaturisce incer-

⁽⁴⁹⁾ Distinzione, peraltro, che sembra essere messa in discussione dai più recenti sviluppi dottrinali sul tema dell'integrazione, sia sul versante della elaborazione dottrinale, sia su quello della prassi applicativa delle corti: cfr. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, 2, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, 2^a ed., Milano, 2013, pp. 8, 16 e 41; C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 2 ss.; M.A. LIVI, *L'integrazione del contratto*, in *Il contratto in generale*, II, in *Diritto civile. Tratt. Lipari-Rescigno-Zoppini*, 3, *Obbligazione*, Milano, 2009, p. 606 ss.

⁽⁵⁰⁾ V. *supra*, § 1.

tezza circa la possibilità di integrazione del contratto nella parte colpita dalla dichiarazione di nullità⁽⁵¹⁾.

Le “nuove nullità” si configurano come sanzione ad un abuso dell’esercizio della libertà contrattuale delle parti, piuttosto che come conseguenza della violazione di norme imperative. Tale ipotesi consente di individuare due aspetti: *in primis*, per il fatto che, in base ad essa, il criterio attraverso il quale viene condannato l’atto di autonomia privata diventa parzialmente indeterminato; in seconda battuta, perché si presenterà la questione se la norma dispositiva abusivamente derogata dai contraenti, possa costituire fonte di integrazione del contratto⁽⁵²⁾.

In riferimento alla questione delle conseguenze della nullità della clausola, e in particolare alla vicenda della sostituzione, l’elemento di maggior novità è rappresentato dal potere integrativo assegnato al giudice nell’ipotesi di riconduzione ad equità della clausola nulla. Qui, infatti, si profila una correzione giudiziale del contenuto del contratto per molti versi nuova nel nostro ordinamento. Questo tipo di correzione si differenzia da quanto generalmente accade, in quanto implica il concorso tra la volontà del giudice e la difettosa – e non piuttosto lacunosa, come di consueto – volontà delle parti nella costruzione del regolamento negoziale: agisce, quindi, nella fase rimediabile e non in quella fisiologica a cui in primo luogo si riferisce l’art. 1374 c.c.⁽⁵³⁾.

⁽⁵¹⁾ In argomento, v. F. PIRAINO, *Il cantiere delle nullità: B2C, bancarie e selettive. Contro l’uso della nullità parziale in chiave di conformazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1258 ss.

⁽⁵²⁾ Il problema è inedito, in quanto, secondo l’impostazione tradizionale, l’atto di deroga ad una norma “dispositiva” non è sindacabile, e mette definitivamente fuori gioco l’applicazione della norma derogata: v. G. D’AMICO, *L’integrazione (cogente) del contratto a mezzo del diritto dispositivo*, in G. D’AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso di integrazione del contratto. Saggi*, Torino, 2^a ed., 2015, p. 221 ss.

⁽⁵³⁾ V. *infra*, §§ 5-6. In senso contrario, invece, e in adesione ad un orientamento condiviso nella letteratura tradizionale, si ritiene che la previsione dell’art. 1374 c.c., in materia di integrazione del contratto, non riguardi fenomeni di intervento per così dire *ex post* sul contratto, e cioè in ordine ad un regolamento e ad elementi di esso già definiti dai contraenti, rispetto ai quali si evidenzia la necessità di una sostituzione/correzione da parte dell’ordinamento, non voluta né presupposta dalle parti. In tal senso, l’integrazione viene ricondotta nell’ambito della interpretazione (interpretazione integrativa): v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 344: «quella che dicesi interpretazione integrativa verte sui punti del regolamento di interessi

Questa norma, infatti, interviene a fronte di lacune nel regolamento contrattuale determinate dal fatto che le parti hanno ommesso, consapevolmente o meno, una specifica regolamentazione sul punto. L'intervento del giudice, dunque, concerne evenienze, come quella prefigurata nell'art. 1349 c.c., in cui si invoca una sua pronuncia come integrazione e a completamento del contenuto del negozio, al fine di renderlo idoneo al dispiegamento dei suoi effetti e alla realizzazione del loro intento pratico⁽⁵⁴⁾.

4.1. – *Segue: la nullità di protezione nel codice del consumo.*

Lo studio della nullità di protezione sancita dall'art. 36 c.cons. offre non solo la possibilità di verificare le condizioni attraverso le quali si determina-

che, pur non essendo abbracciati dalla formula, rimasta inadeguata, sono tuttavia compresi nell'idea ch'essa esprime, e quindi sono inquadrati pur sempre nel contenuto del negozio»; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 230; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 286 ss. Per l'estraneità della funzione correttiva delle fonti di integrazione elencate nell'art. 1374 (aventi viceversa una funzione meramente suppletiva), v. anche C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *I contratti in generale*, in *Tratt. contr. Rescigno-Gabrielli*, 1, 2^a ed. Torino, 2006, p. 1027; G. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. impr.*, 2007, p. 690.

⁽⁵⁴⁾ Tuttavia, l'integrazione giudiziale in via correttiva è necessaria tutte le volte in cui l'assetto negoziale sia squilibrato; in particolare il ricorso ai principi generali di matrice costituzionale (ad es. proporzionalità, ragionevolezza, ecc.), così come alle clausole generali (ad es. buona fede, ecc.) consente al giudice di intervenire a tutela della libertà negoziale della parte debole del rapporto, nei casi di asimmetria di potere contrattuale. L'orientamento ormai prevalente, infatti, ritiene che «la norma che impone alle parti di eseguire il contratto secondo buona fede concorra a formare il contenuto legale del contratto a norma dell'art. 1374». Pertanto, deriva che la violazione del dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto, ex art. 1375, costituisce inadempimento contrattuale, che se di non scarsa importanza, può giustificare la risoluzione del contratto via inadempimento: in questi termini, v. F. GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 543, ove è ricordato il *leading case* di Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Corr. giur.*, 1994, p. 566, con nota di V. CARBONE; su cui L. NANNI, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contr. impr.*, 1994, p. 475; in senso conforme, Cass., 1° agosto 2002, n. 11437, in *Contratti*, 2003, p. 342; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 454, secondo il quale «fonte legale di integrazione del contratto è innanzitutto il principio di buona fede»; M. FRANZONI, *Gli effetti del contratto*, cit., p. 57, il quale distingue nettamente l'interpretazione dall'integrazione. *Contra*, G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, pp. 658-659, ove si ricorda il rischio dell'arbitrio del giudice a fronte di un suo intervento equitativo-correctivo.

no i poteri di intervento del giudice sul contratto contenente una clausola vessatoria, ma largisce, altresì, lo spunto per una riflessione sulle criticità di questo rimedio sotto il profilo dell'effettività della tutela⁽⁵⁵⁾.

È stato rilevato, infatti, che la nullità parziale necessaria non sempre soddisfa, pienamente, l'obiettivo di tutelare la parte debole. Questo si verifica, principalmente, quando la nullità della singola clausola (abusiva) incide in maniera negativa sull'interesse del consumatore ad ottenere la prestazione del professionista, giacché si tratta di pattuizione che incide su un elemento essenziale del contratto, come il prezzo o l'oggetto o la causa o, comunque, di un gran numero di clausole.

In queste situazioni, al giudice spetterà non solo il compito di dichiarare la nullità della clausola abusiva, ma dovrà, altresì, offrire una soluzione alla formazione della lacuna contrattuale verificatasi su un aspetto essenziale del rapporto negoziale, naturalmente in relazione alle specificità del caso concreto.

Il silenzio mantenuto sul punto, tanto dalla direttiva 93/13 CEE, quanto dall'art. 36 c.cons. è evidente. A tale silenzio fa riscontro la volontà della Corte di Giustizia laddove impedisce, il più attentamente possibile, qualunque alterazione del contratto diversa dalla semplice caducazione della clausola abusiva, giacché considera proprio la caducazione il rimedio più idoneo al ripristino dell'equilibrio contrattuale e, quindi, della tutela del consumatore⁽⁵⁶⁾.

Tuttavia, se gli stessi principi eurounitari, a cominciare da quello della effettività delle tutele, impongono agli stati membri di reagire alle violazioni del diritto europeo con «sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive»⁽⁵⁷⁾, spetta all'interprete il compito di valutare il problema della conservazione del contratto, quando questo non sia in grado di funzionare in mancanza della clausola abusiva essenziale.

Se si dovesse accogliere la tesi che nega qualunque forma di integrazione

⁽⁵⁵⁾ S. PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020, pp. 155 ss. e 217 ss.

⁽⁵⁶⁾ V. *supra*, § 2.

⁽⁵⁷⁾ V. da ultimo la dir. 2019/2161 UE, cit.

del regolamento, si dovrebbe arrivare alla conclusione che con l'eliminazione della pattuizione essenziale per il suo funzionamento, il contratto vada incontro a nullità totale. Questa soluzione, però, finirebbe per colpire proprio l'obiettivo posto alla base della nullità di protezione, cioè la tutela del contraente debole; pertanto, essa non apparirebbe soddisfacente.

L'eliminazione dell'intero contratto, infatti, priverebbe il consumatore della possibilità di continuare a fruire del bene o del servizio di cui necessita, costringendolo alle conseguenti restituzioni; ipotesi, questa, che lo porrebbe in una posizione addirittura peggiore rispetto a quella di rimanere vincolato al contratto contenente la clausola abusiva⁽⁵⁸⁾. Oltretutto, il consumatore, nel timore di perdere la prestazione contrattuale, potrebbe decidere di non denunciare la clausola abusiva.

In questa prospettiva, la nullità totale del contratto dovrebbe restare una soluzione del tutto residuale, verificabile solo nell'ipotesi in cui il consumatore preferisca liberarsi del vincolo contrattuale o qualora non sia possibile individuare alcuna tecnica di modifica del contratto capace di ristabilire efficacemente l'equilibrio alterato.

D'altronde, il rimedio della invalidità non sembra essere veramente dissuasivo neppure qualora si prospetti la possibilità, per il professionista, di liberarsi dal vincolo contrattuale per effetto della nullità totale. Talvolta, il potere dissuasivo della invalidità si manifesta in modo più incisivo quando il professionista si trovi vincolato ad un regolamento che è stato integrato o modificato per una finalità conservativa e di riequilibrio dell'asimmetria⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁸⁾ V. *supra*, § 4.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. F. SCAGLIONE, *Culpa in contrahendo e nullità conformativa*, in E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI, L. MEZZASOMA, S. POLIDORI (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo*, Napoli, 2017, pp. 2147–2148, ove si osserva che «sebbene la Corte di Giustizia dell'Unione europea sembri essersi mostrata di diverso avviso, è da ritenere che il riequilibrio del rapporto a favore del consumatore non debba necessariamente affidarsi ad una integrazione della lacuna mediante il ricorso alla disciplina dispositiva abusivamente derogata, ma anche ad una concezione giudiziale del contratto in via equitativa», almeno tutte le volte in cui tale disciplina manchi. Inoltre, si confuta a riguardo l'argomento fondante la decisione della Corte just., 14 giugno 2012, n. 618, in *Contratti*, 2013, p. 16, con nota di A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e massimo effetto utile per il consumatore: nullità parziale necessaria della clausola*

Deriva che un regolamento integrato non necessariamente contrasta con gli obiettivi della direttiva, potendo esso, comunque, garantire un giusto equilibrio tra esigenze contrapposte: da un lato, la tutela del consumatore, interessato a non perdere il contratto, una volta epurato della clausola abusiva; dall'altro, la sanzione per il professionista, vincolato ad un regolamento conforme alla legge ed equilibrato⁽⁶⁰⁾.

abusiva e integrazione parziale del contratto, secondo cui «se il giudice nazionale potesse rivedere il contenuto delle clausole abusive inserite in simili contratti, una tale facoltà potrebbe compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine di cui all'articolo 7 della direttiva 93/13. Infatti, tale facoltà 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 (punto 69)».

V., in proposito, a favore dell'integrazione mediante norma dispositiva, Corte giust., 3 marzo 2020, C-125/18, in *Corr. giur.*, 2020, p. 556, secondo cui: «L'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13 devono essere interpretati nel senso che non ostano a che, nell'ipotesi di nullità di una clausola contrattuale abusiva che fissa un indice di riferimento per il calcolo degli interessi variabili di un mutuo, il giudice nazionale sostituisca a tale indice un indice legale, applicabile in assenza di un diverso accordo tra le parti contraenti, a condizione che il contratto di mutuo ipotecario di cui trattasi non possa sussistere in caso di soppressione di detta clausola abusiva, e che l'annullamento di tale contratto nella sua interezza esponga il consumatore a conseguenze particolarmente pregiudizievoli». In questo senso, si era già espressa Corte giust., 30 aprile 2014, n. 26/13, in *Contratti*, 2014, p. 843 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di giustizia, Corte costituzionale ed ABF: «il mondo di ieri» un trump ley concettuale?*, *ivi*, p. 153 ss.

⁽⁶⁰⁾ V. di recente Cass., Sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Contratti*, 2020, p. 11, con nota di S. PAGLIANTINI; *Le stagioni della nullità selettiva (e «di protezione»)*; in *Corr. giur.*, 2020, p. 5, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 26, con nota di A. DALMARTELLO, *Intermediazione finanziaria – la nullità di protezione ex art. 23 T.U.F. tra uso selettivo e buona fede del cliente*; M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, *ivi*, p. 154 ss. La clausola generale di buona fede, in questa pronuncia, è soggetta ad un'interpretazione trasversale, affermando che i principi costituzionali di solidarietà (artt. 2 e 41 Cost.) e di eguaglianza (art. 3 Cost.), base normativa delle nullità di protezione, agiscono anche in termini di «riequilibrio effettivo endocontrattuale quando l'azione di nullità, utilizzata come nella specie in forma selettiva, determini esclusivamente un sacrificio economico sproporzionato nell'altra parte. Limitatamente a tali ipotesi, l'intermediario potrà opporre

5. — *Il giudizio di vessatorietà nei contratti del consumatore.*

Il recepimento, da parte del nostro ordinamento, della direttiva 93/13 CEE⁽⁶¹⁾, che tutela il consumatore dalla presenza di clausole vessatorie, ha individuato l'integrazione contrattuale cogente come uno degli aspetti più rilevanti.

Il dato più innovativo che risalta nella normativa in materie di clausole vessatorie è la previsione della nullità, come rimedio sanzionatorio, a seguito della deroga a norme di diritto dispositivo, superando il precedente orientamento secondo il quale, la nullità scaturiva unicamente dalla violazione di norme imperative. Solo nell'ipotesi in cui la deroga risulti essere bilaterale, il diritto dispositivo sarà suscettibile di una forma di derogabilità incondizionata. Quando invece, il contratto è determinato, nel suo contenuto, dalla volontà di una sola delle parti, la deroga al diritto dispositivo sarà ipotizzabile solo nel caso in cui la stessa non si riveli dannosa per il consumatore,

all'investitore un'eccezione, qualificabile come di buona fede, idonea a paralizzare gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva proposta soltanto in relazione ad alcuni ordini». Continua la Corte: «l'eccezione sarà opponibile nei limiti del *petitum* azionato, come conseguenza dell'azione di nullità, ove gli investimenti relativi agli ordini non coinvolti dall'azione, abbiano prodotto vantaggi economici all'investitore. Ove il *petitum* sia pari o inferiore ai vantaggi conseguiti, l'effetto impeditivo dell'azione restitutoria, promossa dall'investitore sarà integrale»; lo stesso sarà invece parziale quando «gli investimenti non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto risultati positivi, ma questi siano di entità inferiore al pregiudizio determinato nel *petitum*». L'eccezione non può considerarsi in senso stretto in quanto «non agisce su fatti costitutivi dell'azione di nullità dalla quale scaturiscono gli effetti restitutori ma, sulle modalità di esercizio dei poteri endocontrattuali delle parti». Diversamente, questa circostanza ha consentito alla Corte di escludere l'applicabilità all'ipotesi controversa del principio di diritto enunciato in una precedente pronuncia, in Cass., 24 aprile 2018, n. 10116 in *leggiditalia.it*, nella quale si affermava che «l'intermediario non può legittimamente opporsi ad un'azione fondata sull'uso selettivo della nullità *ex art. 23 T.U.F* quando un contratto quadro manchi del tutto, né attraverso l'*exceptio doli*, né in ragione della protrazione nel tempo del rapporto, per effetto della sopravvenuta sanatoria del negozio nullo per rinuncia ad avvalersi della nullità o per convalida di esso, l'una e l'altra essendo prospettabili solo in relazione ad un contratto quadro formalmente esistente».

⁽⁶¹⁾ Cfr. V. RIZZO, *Le clausole «abusiva»: realtà e prospettive. La direttiva CEE del 5 aprile 1993*, in *Rass. dir. civ.*, 1993, p. 588 ss.

generando, quindi, una considerevole sproporzione tra i diritti e gli obblighi nati con l'accordo contrattuale.

Ciò significa che il diritto dispositivo rimane un diritto derogabile, anche per scelta di solo uno dei contraenti, esclusivamente, però, nel limite in cui dalla deroga non derivi uno squilibrio tra gli interessi delle parti, considerando, nello specifico, la tutela del contraente debole che, nei contratti tra professionista e consumatore, deve essere garantita.

Parlare di “significativo squilibrio” consente all'interprete vasto campo di azione, anche se la discrezionalità giudiziaria viene notevolmente limitata dalla elencazione di clausole di cui il legislatore, a titolo esemplificativo, presuppone la vessatorietà (prevista dall'art. 33, 2° comma, c.cons.)⁽⁶²⁾. Valutazione questa, che subirà, in ogni caso, una riesplorazione fisiologicamente collegata all'utilizzo di espressioni generiche contenute nell'elenco suddetto.

Il giudizio sulla vessatorietà delle clausole nei contratti del consumatore, quindi, avviene sulla base di una tipica clausola generale rimessa alla concretizzazione giudiziale e tale, per sua natura, da escludere la tassatività delle ipotesi delle clausole vessatorie. Tuttavia, l'integrazione – che nel sistema del diritto comune ha come presupposto la validità del contratto – si basa, viceversa, su un tipo di nullità che deriva dalla violazione di regole di comportamento nella formazione del regolamento contrattuale⁽⁶³⁾.

⁽⁶²⁾ Cfr. V. RIZZO, *Codice del consumo e definizione di clausola vessatoria*, in G. CAVAZZONI, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA, V. RIZZO, *Il diritto dei consumi. Realtà e prospettive*, Napoli, 2008, p. 142 ss.; S. TROIANO, *Significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*, in G. ALPA, S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore*, in *Cod. civ. Comm. Schlesinger*, Milano 2003, p. 62.

⁽⁶³⁾ Cfr., N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit., p. 183, il quale osserva che la disciplina dei rimedi «non risulta più dettata in funzione della struttura dell'atto, valutata in rapporto al modo di porsi dei così detti requisiti del contratto, ma viene invece talvolta rivista in funzione sia della natura dell'operazione economica, sia della qualità dei soggetti che stipulano il contratto. Viene così a capovolgersi la prospettiva valutativa, che non guarda più a monte alla struttura originaria dell'atto, ma semmai a valle alle modalità di svolgimento del rapporto». Sul punto, v. G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra le regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 60, il quale osserva che l'operare della nullità protettiva deriva dal fatto che la violazione della regola di condotta si riversa «sulla funzione concreta del negozio generando un disvalore della causa, anche sotto forma di squilibrio significativo del regolamento di interessi o di non meritevolezza dell'operazione».

La lacuna che si viene a creare, così, deriva direttamente da una sentenza del giudice, e si qualifica, quindi, come lacuna successiva, per cui «l'integrazione necessariamente diventa la *pars construens* da affiancare alla nullità ed acquista una funzione conformativa del regolamento contrattuale»⁽⁶⁴⁾.

L'ampliamento della discrezionalità giudiziale nell'accertamento della abusività della clausola viene in qualche misura compensato e temperato dalla necessità di procedere al riequilibrio e alla conservazione del regolamento contrattuale, ricorrendo esclusivamente alle fonti indicate dall'art. 1374 c.c., secondo l'ordine gerarchico e tassativo ivi indicato (leggi, usi ed equità).

In questa prospettiva, un ruolo non secondario, inoltre, al fine di orientare il compito integrativo/conformativo del giudice, potrebbe svolgere anche la regola della buona fede nell'esecuzione quale tecnica che attiene alle modalità con le quali il programma contrattuale deve avere realizzazione⁽⁶⁵⁾ (art. 1375 c.c.).

6. — *Limiti dell'integrazione giudiziale del rapporto contrattuale.*

È indubbio che l'idea di un intervento correttivo da parte del giudice, qualunque sia il parametro attraverso il quale esso venga giustificato, sollevi notevoli criticità⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶⁴⁾ A. FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, in A. BELLAVISTA, A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità del diritto privato*, Palermo, 2011, p. 353.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, cit., p. 61 ss.; ID., *La tutela civile degli interessi patrimoniali*, in A. PALAZZO, A. SASSI, F. SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Roma-Perugia, 2008, p. 71 ss., spec. p. 79 ss. Sui fondamenti della cultura giuridica europea che costituiscono il presupposto dell'attività ermeneutica in tema di buona fede, v. A. PALAZZO, *Permanenze dell'interpretazione civile dell'Europa moderna e contemporanea*, cit., p. 1 ss., ove si ricorda come l'opera dei dottori medievali, glossatori e bartolisti, e quella dei Grandi Tribunali, tra i quali spicca la Rota (v. le opere di G.B. De Luca e F. Mantica) dedicarono particolare attenzione alla triade equità, analogia e buona fede; ID., *Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna*, in A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, Padova, 2002, I, p. 2 ss., spec. pp. 3 ss. e 117 ss.

⁽⁶⁶⁾ Ipotesi normative che possono lasciare spazio ad un intervento correttivo/integrativo si ravvisano, generalmente, negli artt. 1384, 1450 e 1467 c.c.; art. 9, d.lgs. n. 192/1998 e art. 3, 1° comma, d.lgs. n. 129/2004.

L'idea di un giudice che formuli una regola atta a permettere il corretto funzionamento del contratto, a seguito della caduta di una clausola abusiva essenziale, genera due reazioni contrapposte. Da un lato, tale soluzione è quella che, probabilmente, offre al consumatore uno strumento di tutela effettivo, idoneo a conservare il contratto attraverso l'inserimento di una regola che garantisca il riequilibrio delle posizioni contrattuali. Dall'altro, però, è evidente che tale potere in capo al giudice riguardi una questione irrisolta dell'attuale dibattito sul compito che l'autorità giudiziaria è chiamata a svolgere nel regolamento negoziale e sulla discrezionalità dell'autonomia privata⁽⁶⁷⁾.

Infatti, se ci si muove a difesa della volontà contrattuale, il giudice potrà eliminare, semplicemente, la singola clausola vessatoria, lasciando, però, il consumatore esposto al rischio della caducazione dell'intero contratto, evidentemente mal funzionante. Nella seconda ipotesi, invece, il giudice, dichiarata la nullità della clausola, può intervenire ad integrare dall'esterno il contratto, perseguendo una finalità certamente protettiva, ma ipotizzando un'idea di contratto non più di matrice esclusivamente negoziale, bensì frutto di concorso tra soggetti diversi. Ciò, al fine di contribuire alla correzione delle imperfezioni del mercato.

Diverse, però, sono le perplessità che sono state sollevate in ordine a quest'ultima opzione. Innanzitutto, si evidenzia come tale rimedio sia in contrasto con l'essenza stessa della nullità di protezione, giacché, non si potrebbe desumere, dal potere del giudice di dichiarare la nullità di una singola clausola abusiva, una correzione giudiziale a favore della parte debole, almeno in mancanza di una espressa disposizione di legge. E questo perché, nel sindacato giudiziale di vessatorietà non sarebbe ricompreso un potere di integrazione equitativa del regolamento viziato⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁷⁾ Sul ruolo dell'autonomia privata, in relazione alla tutela dei soggetti deboli, v. L. MEZZASOMA, *Novità del diritto contrattuale in Italia e tutela del contraente debole*, in *Corti ombre*, 2014, p. 919 ss.; ID., *La tutela del sovraindebitato quale contraente debole*, in E. CATERINI, L. DI NELLA, A. FLAMINI, L. MEZZASOMA, S. POLIDORI (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo*, cit., p. 1255.

⁽⁶⁸⁾ S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012, p. 198 ss.

Un ulteriore argomento contrario, è quello che fa leva su uno dei principi cardine di ogni sistema giuridico, quello della certezza del diritto. Mentre, infatti, la correzione legale⁽⁶⁹⁾ risulta essere ben definibile e prevedibile *a priori* da entrambe le parti, la eterointegrazione affidata alla discrezionalità giudiziale, mediante il ricorso a clausole generali, sottoporrebbe le negoziazioni ad una profonda incertezza circa la sorte dei contratti stipulati.⁽⁷⁰⁾ Secondo tale interpretazione, inoltre, non sarebbe possibile, mancando una espressa e diversa disposizione di legge, desumere un generale potere di correzione giudiziale nemmeno dall'art. 1374 c.c. Tale norma, infatti, stabilendo criteri integrativi secondo un ordine gerarchico, non permetterebbe l'utilizzo del criterio dell'equità in presenza di una regola integrativa legale. Anzi, proprio la necessità che, per derogare a tale regola, occorra una espressa previsione di legge, escluderebbe un generalizzato potere correttivo del giudice⁽⁷¹⁾.

Non ultimo, va considerato come lo stesso diritto europeo mal tollera l'idea di un contratto ristrutturato per mano del giudice. Si veda, in particolare, la citata direttiva 93/13, la quale non solo salva il resto del contratto, privato della clausola abusiva, ma offre una indicazione molto importante, non recepita, tuttavia, dal codice del consumo: la sopravvivenza del contratto diventa ammissibile, solo nella misura in cui questo possa sussistere senza la clausola abusiva.

Conseguentemente, secondo tale interpretazione, qualora il giudice rilevi che la declaratoria di nullità della singola pattuizione non sia sufficiente a consentire il corretto funzionamento del contratto, non potrebbe far altro che pronunciare la caducazione della intera costruzione pattizia, nell'impossibilità di poter dettare una regola diversa. Tale linea interpretativa fa rife-

⁽⁶⁹⁾ V., ad esempio, l'art. 1339 c.c. sulla inserzione automatica di clausole.

⁽⁷⁰⁾ G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, cit., p. 241 ss.

⁽⁷¹⁾ Cfr. G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., pp. 233-234. In contrario, tuttavia, può rilevarsi che un ruolo non secondario, al fine di orientare il compito integrativo/conformativo del giudice, potrebbe svolgere la stessa regola della buona fede *in executivis*, considerata quale fonte legale di integrazione del contratto: v. *supra*, § 4, nt. 48, e § 5.

rimento all'orientamento consolidato della Corte di Giustizia, che avrebbe escluso ogni possibilità di intervento del giudice diretto a colmare le lacune connesse alle clausole vessatorie, come nelle due sentenze rese sul caso *Banco Español* del 2012 e sul caso *Asbeek Brusse* del 2013⁽⁷²⁾. In entrambi i casi, la Corte di Giustizia basa la sua impostazione sulla constatazione che, optando per una diversa soluzione, verrebbe meno l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione, nei confronti del consumatore, di tali clausole. Infatti, se la parte forte sapesse di poter contare su un intervento di revisione del giudice, sarebbe portata a continuare a utilizzare clausole abusive, garantendosi, in questa maniera, la prosecuzione del rapporto contrattuale corretto⁽⁷³⁾.

In realtà, la stessa Corte di Giustizia non è sempre uniforme nelle sue decisioni. Basti ricordare il caso *Käsler* del 2014, in cui essa è giunta a considerazioni del tutto diverse, ammettendo la possibilità, per il giudice, di intervenire sul contratto recante una lacuna sopravvenuta⁽⁷⁴⁾. È vero che, anche in quel caso, non si trattava di una tecnica di integrazione/correzione giudiziale, ma di una integrazione basata sul diritto dispositivo. Non manca di rilevare, ciononostante, l'apertura di questa pronuncia verso una espansione dei poteri del giudice nelle ipotesi di nullità protettiva.

Infatti, la sostituzione della clausola abusiva con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva, se vale a limitare gli effetti pregiudizievoli per il consumatore di una declaratoria di nullità dell'intero contratto, potrebbe non essere in linea con l'esigenza di garantire un'effettiva tutela dello stesso. In altri termini, l'obiettivo di assicurare un equilibrio non solo formale, ma anche sostanziale tra le parti (art. 3, 2° comma, Cost.)⁽⁷⁵⁾, non sempre è conseguibile attraverso la pura e semplice sostituzione della clausola nulla

⁽⁷²⁾ V. Corte giust., 14 giugno 2012, C-618/10, cit.; e Corte giust., 30 maggio 2013, C-488/11, in *curia.europa.eu*.

⁽⁷³⁾ V. però, le considerazioni espresse *supra*, § 4.1, alle ntt. 53 e 54.

⁽⁷⁴⁾ Corte giust., 30 aprile 2014, C-26/13, cit.; nello stesso senso v. Corte di giust., 3 marzo 2020, C-125/18, cit.

⁽⁷⁵⁾ Sul principio di parità sostanziale tra le parti del contratto, cfr. A. SASSI, *Equità e buona fede oggettiva nel diritto interno ed europeo*, in T. SEDIARI (a cura di), *Cultura dell'integrazione*

con una disposizione nazionale di natura suppletiva, la cui esistenza non è in tutti i casi garantita.

Pertanto, sebbene nelle più recenti pronunce della Corte di Giustizia, il tema dell'integrazione della lacuna contrattuale abbia sempre riguardato, al più, la riespansione del diritto dispositivo (abusivamente derogato), non è stato affrontato, direttamente, il problema del sindacato del giudice che si traduca in un intervento di tipo correttivo. Resta ancora da capire, allora, quale soluzione verrebbe prospettata nelle ipotesi in cui manchi una norma inderogabile o suppletiva idonea a colmare, eventualmente, la lacuna. Nonostante i rilievi critici appena esposti alla teoria del rimedio correttivo, la questione appare, dunque, ancora aperta e dibattuta⁽⁷⁶⁾.

europaea, Torino, 2005, p. 227 ss. Sulla tutela costituzionale del consumatore, v. L. MEZZASOMA, *Consumatore e Costituzione*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 311 ss.

⁽⁷⁶⁾ V., a riguardo, Cass., Sez. un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Foro it.*, 2020, I, c. 3511: «Posto che il modello dell'assicurazione della responsabilità civile con clausole *claims made*, in quanto partecipe del tipo dell'assicurazione contro i danni, non è soggetto al test di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti, la tutela del contraente assicurato può realizzarsi sui piani della responsabilità risarcitoria precontrattuale (anche nel caso di contratto concluso a condizioni svantaggiose), della nullità, anche parziale, per difetto di causa in concreto (con conformazione secondo le congruenti indicazioni di legge o, comunque, secondo il principio dell'adeguatezza del contratto assicurativo allo scopo pratico perseguito dai contraenti) e della conformazione del rapporto in caso di clausola abusiva (come quella di recesso in caso di denuncia di sinistro)». In senso critico, v. sul punto, F. PIRAINO, *La responsabilità precontrattuale e la struttura del rapporto prenegoziale, «il cantiere» delle nullità*, cit.; S. MONTICELLI, *Nullità delle claims made e conformazione della clausola nel teorema delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 155 ss. Il problema della giustizia contrattuale è ripreso, da ultimo, da A. MORACE PINELLI, *Il contratto giusto*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 663 ss.

