



*ROSALBA ALESSI*

*Professore ordinario di diritto privato - Università di Palermo*

## **CLAUSOLE VESSATORIE, NULLITÀ DI PROTEZIONE E POTERI DEL GIUDICE: ALCUNI PUNTI FERMÌ DOPO LE SENTENZE JÓRÖS E ASBEEK BRUSSE**

*SOMMARIO. 1. Vecchi e nuovi interrogativi in tema di “nullità di protezione”. - 2. Il potere-dovere del giudice di dichiarare la nullità della clausola abusiva e il suo fondamento. - 3. Rilevabilità d’ufficio, (contro)interesse del consumatore e regole del contraddittorio: gli equivoci di Pannon e le precisazioni di Banif Plus Bank Zrt, - 4. La propagazione della nullità all’intero contratto e i criteri di decisione da Perenicova a Jórös - 5. Sostituzione della clausola nulla e (presunto) divieto di integrazione legale del contratto alla luce di Banco Español. - 6. Intangibilità del contratto o divieto di correzione per via giudiziale ? Per una diversa lettura del pensiero della Corte dopo Asbeek Brusse.*

1. La Corte di Giustizia torna sul tema delle clausole abusive nei contratti dei consumatori e lo fa con due sentenze coeve e in qualche modo complementari ( Jórös , causa C-397/11 e Asbeek Brusse, causa C-488/11 entrambe del 30 maggio 2013), che si annunciano di estremo interesse per chiarire la posizione dei giudici di Lussemburgo e sgombrare il campo dai dubbi e dagli equivoci sollevati da qualche precedente .

La questione del controllo giudiziale sulle clausole abusive o, meglio, del concreto operare della “nullità di protezione”, secondo un modello tutto di matrice giurisprudenziale, va in realtà scomposta e deve articolarsi almeno su tre livelli.

Il primo, su cui (quasi) tutto sembra sia stato detto, attiene alla rilevabilità d’ufficio e dunque al potere-dovere del giudice di scrutinare la clausola sospetta e dichiararne la nullità, “*senza attendere che il consumatore presenti una domanda a tal fine*”, come ribadisce ancora la sentenza Jórös.

Il secondo, venuto più di recente all’attenzione della Corte, concerne l’effetto per così dire “parziale” della caducazione della clausola : più precisamente, la questione di stabilire se il “segmento” dell’accordo colpito da nullità debba considerarsi comunque definitivamente espunto dal contratto ovvero possa essere retto da una regola ( di fonte legale e/o giudiziale) diversa da quella pattizia oggetto di censura.

Infine – ma è di tutta evidenza il nesso con l’interrogativo appena ricordato – quali criteri presiederanno alla decisione circa la sopravvivenza o meno del contratto “amputato”. Questioni, le ultime due, che tornano a formare appunto oggetto delle più recenti pronunce , dopo quella che in qualche modo - ma a nostro avviso non senza ambiguità - annunciava il pensiero della Corte meno di un anno fa ( sentenza Banco Español de Crédito SA, 14 giugno 2012, in causa C-618/10,.)



2. Prima di entrare nel merito delle sentenze del maggio scorso ed in generale affrontare dunque il nodo della sorte del contratto dopo l'eliminazione della clausola abusiva, occorre però svolgere alcune considerazioni anche sul primo dei profili considerati, per quanto ormai del tutto consolidato e chiaro appaia al riguardo l'orientamento della Corte. Non è infatti fuor di luogo rimarcare come da Océano in poi la Corte di Giustizia sembri aver svolto una paziente opera di tessitura in esito alla quale si è venuta delineando la fisionomia della nullità di protezione, secondo un modello che, per un verso, si è rivelato non privo di feconde sollecitazioni per il giurista domestico anche quando questi è stato chiamato a rivedere categorie di solida tradizione interna (basti pensare alle argomentazioni con cui le Sezioni Unite della nostra Suprema Corte sono tornate a delineare in concreto l'esercizio del potere- dovere del giudice nella rilevabilità *ex officio* della nullità "tradizionale", con la sentenza 8 maggio 2012, n.14828); per altro verso ha contribuito in qualche modo a ridimensionare l'"eccentricità" di tale rimedio rispetto allo strumentario familiare agli ordinamenti di *civil law*.

Un primo passaggio significativo in questa direzione è quello che segna la distanza tra l'esordio di Océano e il principio affermato in Mostaza Claro pochi anni dopo.

In Océano (sentenza 27 giugno 2000 in Cause riunite C-240/98 a C-244/98), la Corte, introdotta per la prima volta con chiarezza la funzione di protezione della nullità in parola ("*si deve ricordare che il sistema di tutela istituito dalla direttiva è fondato 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 incidere sul contenuto delle stesse*", punto 25), fa proprio l'assunto prospettato nelle sue conclusioni dell'Avvocato generale, secondo cui "*il sistema di tutela istituito dalla direttiva si basa sull'idea che la disegualianza tra il consumatore e il professionista possa essere riequilibrata solo grazie a un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale*" (punto 26) e da qui fa discendere la conclusione che "*una tutela effettiva del consumatore può essere ottenuta solo se il giudice nazionale ha facoltà di valutare d'ufficio tale clausola*". (punto 26).

"La facoltà per il giudice di esaminare d'ufficio l'illiceità di una clausola" continua la Corte "*costituisce un mezzo idoneo al conseguimento tanto dell'obiettivo fissato dall'art. 6 della direttiva, che è quello di impedire che il consumatore sia vincolato da una clausola abusiva, quanto dell'obiettivo dell'art. 7, dato che tale esame può avere un effetto dissuasivo e, pertanto, contribuire a far cessare l'inserimento di clausole abusive nei contratti conclusi tra un professionista e i consumatori*". (27). E dunque, conclude: "*Da tutto ciò che precede risulta che la tutela assicurata ai consumatori dalla direttiva comporta che il giudice nazionale, esaminando la ricevibilità*



dell'istanza presentatagli, possa valutare d'ufficio l'illiceità di una clausola del contratto di cui è causa”(29).

Partendo dai medesimi presupposti ( vedi punti 25-37), Mostaza Claro ( sentenza 26 ottobre 2006, Causa C-168/05) va ben oltre allorchè, sottolineato l'obiettivo avuto di mira dalla norma comunitaria ( “L'importanza della tutela dei consumatori ha in particolare condotto il legislatore comunitario a stabilire, all'art.6, n.1, della direttiva, che le clausole abusive contenute in un contratto concluso tra un consumatore e un professionista «non vincolano il consumatore.»”), ne fa discendere che “Si tratta di una norma imperativa che, in considerazione dell'inferiorità di una delle parti contrattuali, mira a sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza delle parti stesse.”.( 36),

Dunque è : “ E' la natura e l'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori” a giustificare “che il giudice nazionale sia tenuto a valutare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale”(38).

L'ampia citazione del percorso argomentativo seguito dalle due pronunce non sembri inutile. Nel passaggio dalla prima alla seconda sentenza, infatti, il tramutarsi della valutazione d'ufficio della natura abusiva della clausola contrattuale da *facoltà* (possibilità) del giudice, pur in assenza di domanda del consumatore, in adempimento di una verifica cui il giudice “è tenuto”, non replica l'equivoco terminologico , oggi definitivamente chiarito dalle nostre Sezioni Unite (vedi ancora la ricordata sentenza n. 14828 del 2012) , indotto dalla qualificazione di tale intervento come *potere-dovere*: sicché, in altre parole, ciò che Mostaza Claro esplicita sarebbe comunque sottinteso in Océano.

Lo sottolinea, per parte sua, la nostra Corte di Cassazione, in una sorta di proficuo dialogo a distanza con i giudici di Lussemburgo : “L'uso in questa sentenza del termine *obbligo*, anziché di quello *facoltà*, in precedenza comune, è stato inteso come acquisita consapevolezza del concetto di dovere dell'ufficio di rilevare la nullità ogniqualevolta il contratto sia elemento costitutivo della domanda. Dunque non di *facoltà* propriamente trattasi, ma di *obbligo*, così come il verbo “può” usato nell'art. 1421 c.c., è da intendersi “deve”, laddove la domanda proposta implichi la questione da rilevare e non si ponga quindi un problema di corrispondenza tra chiesto e pronunciato” (ancora Cass. SS.UU., 8 maggio 2012, n.14828 cit.).

L'interesse non è ovviamente per una sorta di dietrologia che miri a interpretare (o reinterpretare) il senso del ragionamento svolto dalla Corte di Giustizia. Quale che sia la lettura che voglia darsi dell'uso di un diverso termine nelle due prime fondamentali pronunce, ciò che è certo è “il di più” contenuto nella seconda , vale a dire l'affermazione della natura *imperativa* della norma



di cui all'art. 6 n.1 della direttiva 93/13CEE, che nel contesto della motivazione si pone senza ombra di dubbio come premessa necessaria per attrarre definitivamente la nullità di protezione tra le nullità rilevabili *ex officio*, ( anche in sede di azione collettiva inibitoria : così in Invitel, sentenza 26 aprile 2012, nella causa C-472/10,).

Il cambiamento di prospettiva e il guadagno in termini sistematici, allora, non sono di poco conto. Poiché se in Océano la rilevata finalità di protezione giustifica che la “disponibilità” del rimedio sia sottratta alle sole scelte del consumatore, *consentendo* una iniziativa vicaria del giudice, e così non smentendo ma semmai correggendo il modello della invalidità *relativa* e con esso la finalità di tutela *dell'interesse di una parte (più debole)*; in Mostaza Claro la nullità recupera, insieme alla rilevabilità *ex officio* ( che si voglia qui affermata per la prima volta o solo ribadita), la funzione di presidiare un *interesse generale* ( non importa se in via esclusiva o meno), su cui insisteranno le successive pronunce, fino alle due più recenti.

*“Così, considerate la natura e l'importanza dell'interesse pubblico sul quale si fonda la tutela che la direttiva 93/13 garantisce ai consumatori, si deve constatare che il suo art.6 deve essere considerato come una norma equivalente alle disposizioni nazionali che occupano, nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno, il rango di norme di ordine pubblico”* preciserà la Corte in Asturcom (sentenza 6 ottobre 2009 , in causa C-40/08), principio non a caso ripreso e sottolineato ora da Asbeek Brusse al fine di fondare altresì la competenza del giudice: *“Ne deriva che, quando il giudice nazionale è competente, ai sensi delle norme interne di procedura, a valutare d'ufficio la validità di un atto giuridico rispetto alle norme nazionali di ordine pubblico....., detto giudice deve parimenti esercitare tale competenza ai fini di valutare d'ufficio, rispetto ai criteri enunciati dalla direttiva, l'eventuale carattere abusivo di una clausola contrattuale che rientri nell'ambito di applicazione di quest'ultima”* ( Asbeek Brusse, 45).

Da Mostaza Claro in poi dunque ( e solo da questa pronuncia) più rappresentativo della peculiarità della “nullità di protezione” sembra il connotato , negativo, della “indisponibilità” (non azionabilità) per una parte, il professionista, piuttosto che quello della azionabilità, almeno in prima battuta, da parte di un solo contraente e segnatamente quello *nel cui interesse* è previsto il rimedio (il consumatore).

Una correzione di tiro che non è senza conseguenza sugli sviluppi futuri della riflessione della Corte in tema di nullità di protezione ed in particolare sulle risposte che la Corte si sforza di dare al problema della “gestione” del contratto con clausole abusive, con riguardo ai criteri cui il giudice dovrà attenersi per deciderne la sorte, questione affrontata come detto dalle pronunce analoghe (ma non proprio gemelle) del maggio scorso.



Non per caso, il *revirement* implicito nella sequenza Océano-Mostaza Claro trova forte sottolineatura nelle pronunce in cui la Corte è chiamata a risolvere il problema appena ricordato, come nelle più recenti di quest'anno o nell'immediato antecedente del giugno 2012, Banco Español de Crédito : *“Di conseguenza, il ruolo attribuito al giudice nazionale dal diritto dell'Unione nell'ambito di cui trattasi non si limita alla semplice facoltà di pronunciarsi sull'eventuale carattere abusivo di una clausola contrattuale, ma comporta anche l'obbligo di esaminare d'ufficio tale questione, a partire dal momento in cui egli dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine”*. Così , al punto 41, la sentenza del 30 maggio 2013, Asbeek Brusse, nella causa C-488/11, con rinvio a Banco Español e a Banif Plus Bank( Corte di Giustizia 21 febbraio 2013 , nella causa C-472/11)

Ma già in Pannon ( sentenza del 4 giugno 2009, causa C.243/08) – ove si trattava di conciliare rilevabilità d'ufficio e (contro)interesse del consumatore- la Corte , nel ribadire che il giudice adito ha il compito di garantire l'effetto utile della tutela cui mirano le disposizioni della direttiva, formulava analogo principio ( vedi punto 32).

3. Una volta ricondotta la nullità, pur “di protezione”, nell'ambito, certo più congeniale, delle nullità che presidiano un interesse generale ( sub specie di nullità per violazione di norme imperative o ciò che è lo stesso di ordine pubblico), da “trattare” comunque al pari di quelle che colpiscono clausole contrarie all'ordine pubblico ( vedi il duplice argomento nell'ordinanza Pohotovost' s.r.o. del 16 novembre 2010, in causa C-76/10), ne consegue il pieno dispiegarsi del dovere del giudice di rilevarla *ex officio* ma, al contempo, la preclusione di ogni iniziativa della parte (che avrebbe potuto agire per la nullità e non l'ha fatto) volta a impedire in giudizio tale indagine d'ufficio e la successiva pronuncia di nullità. .

Si impone dunque se non una revisione quanto meno una più puntuale enunciazione del principio posto da Pannon.

Qui invero si leggeva *“Nell'esecuzione di tale obbligo”* ( quello di valutare d'ufficio la natura abusiva della clausola) *“il giudice nazionale non deve tuttavia, in forza della direttiva, disapplicare la clausola in esame qualora il consumatore, dopo essere stato avvisato da detto giudice, non intenda invocarne la natura abusiva e non vincolante”*(32). Sicchè, concludeva la Corte (35), *“Si deve pertanto risolvere la seconda questione dichiarando che il giudice nazionale deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine. Se esso considera abusiva una siffatta clausola, non la applica, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga. “* .



Esito, ci sembra, di una lettura dell'intero dispositivo "di garanzia" introdotto dalla Direttiva 93/13CEE non ancora chiaramente affrancato dalla prospettiva per così dire "sbilanciata", anche sotto il profilo processuale, a favore del consumatore.

Quanto mai chiarificatrice appare allora la ben più articolata argomentazione con cui la Corte giunge al medesimo risultato più di recente, nella già citata sentenza *Banif Plus Bank Zrt*, del 13 febbraio 2013, ove il ruolo del consumatore non esce dai consueti binari dettati dal principio del contraddittorio, e l'eventuale "opposizione" alla dichiarazione di nullità formulata in atti processuali si configura come una (meno eversiva) conferma, questa volta sicuramente consapevole seppur tardiva, dell'adesione alla clausola, con conseguenze sulla valenza "squilibrante" della clausola dal punto di vista dell'interesse del consumatore. "Di regola" ricorda la Corte, " *il principio del contraddittorio non si limita a conferire a ciascuna parte in un processo il diritto di prendere conoscenza dei documenti e delle osservazioni presentati al giudice ex adverso, e di discuterli, ma implica, parimenti, il diritto delle parti di prendere conoscenza e di discutere i motivi di diritto rilevati d'ufficio dal giudice, sui quali quest'ultimo intenda fondare la propria decisione. La Corte ha sottolineato che, per soddisfare le condizioni connesse al diritto a un processo equo, occorre infatti che le parti abbiano conoscenza e possano discutere in contraddittorio gli elementi di fatto e di diritto decisivi per l'esito del procedimento (v. sentenza Commissione/Irlanda e a., cit....). Ne consegue che il giudice nazionale, nell'ipotesi in cui, dopo aver stabilito, sulla base degli elementi di fatto e di diritto di cui dispone, o che gli sono stati comunicati in seguito alle misure istruttorie che ha adottato d'ufficio a tal fine, che una clausola rientra nell'ambito di applicazione della direttiva, constati, al termine di una valutazione cui ha proceduto d'ufficio, che tale clausola presenta carattere abusivo, esso deve, di norma, informarne le parti della controversia e invitarle a discuterne in contraddittorio secondo le forme previste al riguardo dalle norme processuali nazionali.*" (punti 30 e 31). In particolare, la " *possibilità data al consumatore di presentare osservazioni in merito risponde altresì all'obbligo del giudice nazionale, come ricordato al punto 25 della presente sentenza, di tener conto, se necessario, della volontà espressa dal consumatore quando quest'ultimo, consapevole del carattere non vincolante di una clausola abusiva, afferma tuttavia di opporsi alla sua disapplicazione, dando quindi un consenso libero e informato alla clausola di cui trattasi.*" (35).

La rilevanza dell'interesse del consumatore – indiscutibilmente a fondamento del rimedio in esame e che si esplicita ad esempio nel tenore del nostro art. 36, comma 3 cod.cons. (*La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice*) torna a recuperare in tal modo piena compatibilità con la rilevanza d'ufficio della nullità della clausola; e tale regime nulla sacrifica per converso alla rilevanza dell'interesse "particolare" del soggetto che



l'ordinamento vuol proteggere. Il principio di diritto che ne consegue non contempla infatti una (inedita) iniziativa tardiva in merito alla eventuale dichiarazione di nullità della clausola consentita alla parte che non abbia agito per sentirla dichiarare o non l'abbia eccepita nel rispetto delle preclusioni processuali; e nessuna breccia si apre nei poteri officiosi del giudice: “ *Gli articoli 6, paragrafo 1, e 7, paragrafo 1, della direttiva devono essere interpretati nel senso che il giudice nazionale che abbia rilevato d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale non è tenuto, per poter trarre le conseguenze derivanti da tale accertamento, ad attendere che il consumatore, informato dei suoi diritti, presenti una dichiarazione diretta ad ottenere l'annullamento di detta clausola. Tuttavia, il principio del contraddittorio impone, di norma, al giudice nazionale che abbia rilevato d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale di informarne le parti della controversia e di dare loro la possibilità di discuterne in contraddittorio secondo le forme previste al riguardo dalle norme processuali nazionali*” (ancora Banif Plus Bank, 36). Un “normale” rispetto del principio del contraddittorio<sup>1</sup>, dunque, in esito al quale il giudice non sarà paralizzato nel potere officioso di dichiarare la nullità della clausola da una opposizione del consumatore, ma semmai potrà tenere conto della posizione da questi assunta in giudizio onde apprezzare diversamente la posizione *sostanziale* della parte nella adesione alle clausole contrattuali sì da escludere la abusività di quella sotto esame.<sup>2</sup>..

Non nel senso però che per questa via trovi ingresso nel processo una *nuova* seppur sanante manifestazione di volontà del consumatore<sup>3</sup>, con il che si verrebbe invero a restituire il rimedio invalidante alla disponibilità della parte secondo il modello classico della nullità *relativa*. Ma semmai nel senso che l'«*opposizione*» introduca in giudizio ulteriori elementi di fatto a partire dai quali il giudice possa diversamente valutare o (l'originaria) convinta adesione del consumatore alla clausola o l'effetto di quest'ultima all'interno del contratto, sì da escluderne l'esito squilibrante.

---

<sup>1</sup> Coerente a tale principio il diverso esito prefigurato dalle nostre Sezioni Unite in tema, alla luce del regime interno delle preclusioni e sempre in coerenza con il rispetto del contraddittorio: “A seguito della riforma di cui alla legge 353/90”, osserva la Corte, “l'introduzione del regime delle preclusioni ha reso ancor più stringente, per effetto delle scansioni temporali, questo obbligo del giudice (trasfuso prima nel terzo e ora nel quarto comma del medesimo articolo), indispensabilmente connesso alla conoscenza dei fatti di causa anche tramite la richiesta di chiarimenti, eventualmente in sede di libero interrogatorio. E' questo il manifestarsi del principio di collaborazione tra giudice e parti, e non un'innaturale esercizio dei poteri processuali, come pure ha temuto parte della dottrina che ha sorretto l'orientamento restrittivo. A seguito del rilievo officioso, le parti hanno possibilità di formulare domanda che ne sia conseguenza (arg. ex art. 183 comma IV, ora comma V) e quindi anche la eventuale domanda di risoluzione potrà essere convertita in (o cumulata con) azione di nullità.

<sup>2</sup> Non casuale, ci sembra, l'accostamento ad una eventuale rimessione in termini per l'esercizio del diritto di recesso, in Martin v. Martin, sentenza 17 dicembre 2009, in Causa C-227/08 (punto 35). S. PAGLIANTINI (*Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, Persona e mercato, 2/2012, 107-108) sottolinea come altro è tener conto di una manifestazione di volontà che “si iscrive pur sempre nel perimetro dell'esecuzione di un contratto parzialmente viziato” altro sarebbe “farsi questione di una nullità totale subiettiva” così ammettendo che la volizione potestativa del consumatore vince sulla regola di indisponibilità dell'ordine dei rimedi.”

<sup>3</sup> La c.d. convalida “endoprocessuale”, di cui parla S. PAGLIANTINI, *Clausole vessatorie e contratti negoziati fuori dei locali commerciali: il nuovo corso della Corte di giustizia*, in, *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista-A. Plaia, Milano 2011, p.241 ss.



Dunque, ed è quanto ci preme sottolineare, il ruolo del consumatore e del suo eventuale interesse al mantenimento della clausola (e fors'anche del contratto, tenuto conto della rilevanza della clausola *sub iudice*), ne risultano a nostro avviso “riposizionati” in modo da non incrinare il potere officioso del giudice e, a monte, la preminente considerazione dell'interesse generale implicato.

4. Liberare fino in fondo la “nullità di protezione” dalle ambiguità implicite nell'approccio di Océano è premessa essenziale per sciogliere il nodo della sorte del contratto privato di una o più clausole giudicate abusive. Non v'è chi non veda, invero, come una “gestione” del contratto inficiato da clausole abusive tutta pervasa dal primato dell'interesse di parte non potrebbe non condizionare l'intera verifica e dunque anche il momento successivo alla pronuncia di nullità della clausola e la decisione circa la “resistenza” dell'accordo così amputato : l'alternativa, insomma, tra nullità parziale e nullità dell'intero contratto.

Al loro apparire la normativa comunitaria e la perentoria affermazione della parziarietà della nullità furono giustamente festeggiate come il sicuro ed opportuno affrancamento del rimedio da ogni valutazione che, in nome dell'interesse delle parti, riaprisse la via ad una considerazione anche dell'interesse del professionista, rispetto al quale verosimilmente la clausola abusiva avrebbe sempre potuto rivestire il connotato della essenzialità.<sup>4</sup>

Ma, una volta accolta l'impostazione di Océano, e con essa il categorico input a leggere l'intervento comunitario – ed in particolare la nullità – in coerenza con uno spiccato e dichiarato *favor* del consumatore, come escludere che a tale parametro *soggettivo (ex uno latere)* almeno in via prioritaria, dovesse farsi riferimento per decidere sulle *chances* di sopravvivenza del contratto privato delle clausole abusive?

Che l'interrogativo non risponda al gusto del mero esercizio dialettico sta a dimostrarlo un passaggio estremamente significativo ( ben oltre l'*obiter dictum*) di Perenicova , (sentenza del 15 marzo 2012, causa C 453/10) : “ *l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 dev'essere interpretato nel senso che, nel valutare se un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore e contenente una o più clausole abusive possa continuare a sussistere in assenza di dette clausole, il giudice adito non può fondarsi unicamente sull'eventuale vantaggio per una delle parti, nella fattispecie il consumatore, derivante dall'annullamento di detto contratto nel suo complesso. Ciononostante, tale direttiva non osta a che uno Stato membro preveda, nel rispetto del*

---

<sup>4</sup> S.MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, Contratto e impr., 1994, p. 1097



diritto dell'Unione, che un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore e contenente una o più clausole abusive sia nullo nel suo complesso qualora ciò risulti garantire una migliore tutela del consumatore.”

Chiamata ad affrontare tale questione pregiudiziale, la Corte fa discendere dalle premesse circa contenuto e *ratio* della Direttiva 93/13 e dall' enfasi posta sull'obiettivo di protezione del consumatore, la piena legittimità di scelte dei legislatori interni in forza delle quali lo scrutinio delle clausole vessatorie conduca alla nullità dell'intero contratto (non in quanto il venir meno delle prime pregiudichi la possibilità di sopravvivenza del secondo bensì) a “migliore tutela del consumatore.” E non s'avvede che per questa via il “naturale” connotato della nullità di protezione – l'essere nullità che in principio non pregiudica l'intero contratto – posto a tutela del consumatore ne risulta consegnato alla discrezionalità del giudice domestico, che dovrà tornare ad un parametro soggettivo, seppur riferito alla sola parte consumatore.

In questo quadro le pronunce rese con le sentenze del 30 maggio scorso ( ma in parte anche la precedente Banco Español de Crédito del 2012, ci sembra abbiano il merito non solo di affrontare *ex professo* l'altra, seppur connessa, questione che attiene, preliminarmente, al se e come colmare la lacuna determinata nel contratto dalla caducazione della clausola abusiva, ma anche di portare a compimento da questo profilo il *reset* della nullità di protezione, confermando alcuni punti fermi già avvistati nel percorso che abbiamo ricordato e facendo chiarezza su talune ambiguità.

Dal profilo da ultimo esaminato, infatti, non è senza significato che la Corte, nella prima delle due sentenze recenti ( Prima Sezione, del 30 maggio 2013. Erika Jörös, causa C-397/11), partendo dalle stesse premesse di Perenicova, ne tragga altre e forse più coerenti conseguenze. Poiché se , come pure si legge in Perenicova e come ricorda ora la Corte “ *la finalità perseguita dal legislatore dell'Unione attraverso la direttiva 93/13 consiste nel ripristinare l'equilibrio tra le parti, salvaguardando al contempo, in linea di principio, la validità del contratto nel suo complesso, e non nell'annullamento di qualsiasi contratto contenente clausole abusive.*”, sicché “ *con riferimento ai criteri che permettono di valutare se un contratto possa effettivamente essere mantenuto in assenza delle clausole abusive, occorre rilevare che sia il tenore letterale dell'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 sia le esigenze riconducibili alla certezza giuridica delle attività economiche depongono a favore di un approccio obiettivo in sede di interpretazione di detta disposizione*” (Perenicova, punti 31 e 32, e Jörös , punti 46. E 47), allora il principio di diritto da trarre dalla normativa comunitaria e sancito in Perenicova, va corretto: “ *l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che il giudice nazionale che constati il carattere abusivo di una clausola contrattuale deve, da un lato, senza*



*attendere che il consumatore presenti una domanda a tal fine, trarre tutte le conseguenze che derivano, secondo il diritto nazionale, da tale accertamento affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da tale clausola e, dall'altro, valutare, in linea di principio sulla base di criteri oggettivi, se il contratto di cui trattasi possa sussistere senza detta clausola.*" Il che, ci sembra, porta con sé anche la dubbia compatibilità con la Direttiva di regole interne che dalla vessatorietà di una o più clausole facciano discendere *tout court* la nullità del contratto o comunque ne consentano al giudice la declaratoria sulla base della *esclusiva* considerazione dell'interesse del consumatore.

Una puntualizzazione, riteniamo, figlia di una stagione entro la quale il regime della nullità di protezione è venuto precisandosi secondo un modello coerente, senza perdere di vista la sua doppia funzione di presidio ad interessi generali oltre che del contraente debole.

5. E' ancora a nostro avviso alla luce di un più maturo approccio alla "convivenza" tra protezione dell'interesse del consumatore e garanzia di interessi generali, che può leggersi la seconda recente pronuncia *Asbeek Brusse*, in vista di fare chiarezza sul problema della "integrità" del contratto privato della clausola abusiva o all'opposto della sua "integrabilità" per via legale, e dissipare – come proveremo a dimostrare - le preoccupazioni giustamente sollevate da *Banco Español*<sup>5</sup>.

La Corte è chiamata questa volta a dire "se l'articolo 6 della direttiva possa essere interpretato nel senso che consente ad un giudice nazionale, quando abbia accertato il carattere abusivo di una clausola penale, anziché di disapplicare detta clausola, di limitarsi a ridurre l'importo della penale prevista da quest'ultima, come lo autorizza a fare il diritto nazionale e conformemente a quanto chiesto dal consumatore".

Sostanzialmente analoga la questione sottoposta alla Corte in *Banco Español*: vale a dire quella di "accertare se gli articoli 2 della direttiva 2009/22 e 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 ostino ad una normativa di uno Stato membro, quale quella prevista dall'articolo 83 del decreto legislativo n.1/2007" nell'ordinamento spagnolo, "che consente al giudice nazionale, qualora accerti la nullità di una clausola abusiva in un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore, di integrare detto contratto rivedendo il contenuto di tale clausola".

Per giungere alla decisione, in entrambi i casi negativa, la Corte sente il bisogno di richiamare il tenore letterale dell'art.6 della Direttiva 93/13 e, in particolare, del paragrafo 1, secondo periodo (oltre che il tenore del Considerando 21), ove si precisa che il contratto stipulato

---

<sup>5</sup> Su cui v..A.D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, I Contratti, 1/2013, 16 ss.



tra il professionista ed il consumatore, “amputato” delle clausole abusive, resterà vincolante per le parti «secondo i medesimi termini», qualora esso possa sussistere «senza le clausole abusive».- (punto 64, di Banco Español . e, analogamente, punto 56 di Asbeek Brusse). Dunque, afferma la Corte “risulta ..... dal tenore letterale del paragrafo 1 di detto articolo 6 che i giudici nazionali sono tenuti unicamente ad escludere l’applicazione di una clausola contrattuale abusiva affinché non produca effetti vincolanti nei confronti del consumatore, senza essere autorizzati a rivedere il contenuto della medesima. Infatti, detto 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” (Banco Español ,65).

Quanto basta per allarmare la nostra dottrina<sup>6</sup>, in genere incline ad ammettere l’innesto della regola legale (ancorché dispositiva) nel corpo del contratto amputato della clausola abusiva ed in sostituzione della regola pattizia contenuta nella clausola nulla, secondo la tesi prospettata già in sede di applicazione dell’art.1341 c.c.<sup>7</sup>

Simile conclusione , come si sa, non ha mancato in passato di suscitare obiezioni, e un certo scetticismo sulla praticabilità di tale “integrazione” è tornato ad affacciarsi a proposito della sorte del contratto di consumo. Praticabilità che la Corte verrebbe ora definitivamente ad escludere, con effetti abbastanza incontrollati sulla sorte del contratto, ben più spesso avviato alla sua totale caducazione sulla base di presupposti (l’assenza di qualsivoglia regolamentazione di profili essenziali del rapporto contrattuale e la preclusione all’ingresso della disciplina legale) diversi e in ipotesi anche contrastanti con l’interesse del consumatore.

La portata del principio potrebbe in realtà ridimensionarsi ove riferita e “calibrata” rispetto alle fattispecie sottoposte all’esame della Corte e dunque alla portata, in concreto, delle decisioni.

L’articolo 6, paragrafo 1 della Direttiva 93/713, così rigidamente interpretato, secondo il *decisum* di Banco Español de Crédito osta ad una normativa di uno Stato membro. quale l’articolo 83 del decreto legislativo reale n. 1/2007, che consente al giudice nazionale, qualora accerti la nullità di una clausola abusiva in un contratto stipulato tra un professionista ed un consumatore, *di integrare detto contratto rivedendo il contenuto di tale clausola.*”; e parimenti, si legge nel dispositivo di Asbeek Brusse , la norma delle direttiva “non consente al giudice nazionale, qualora quest’ultimo abbia accertato il carattere abusivo di una clausola penale in un

<sup>6</sup> E v. infatti ancora D’ ADDA, *op.cit.*

<sup>7</sup> Ci si riferisce innanzitutto a G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvare per iscritto*, Riv.dir.civ. 1976,486ss.; ma già A. di MAJO , *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, AA. VV., *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970, 65 ss. . Con riferimento alle clausole vessatorie nei contratti di consumo, pur se nel vigore dell’originaria norma di recepimento della Direttiva (art.1469 *bis* c.c.) che ne sanciva la inefficacia , CASTRONOVO C., *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d.vessatorie,cioè abusive*, Eu.ri.priv.,1998,39



*contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, di limitarsi, come lo autorizza a fare il diritto nazionale, a ridurre l'importo della penale imposta da tale clausola a carico di detto consumatore, ma gli impone la pura e semplice disapplicazione di siffatta clausola nei confronti del consumatore".*

La decisione, in entrambi i casi, segnala una generale diffidenza della Corte verso interventi in qualche modo "manipolativi" dell'assetto contrattuale per mano dei giudici nazionali; si da rendere plausibile l'idea che sia al ruolo del giudice più che all'innesto della disciplina legale che la giurisprudenza comunitaria intenda sbarrare la strada.

Ipotesi ricostruttiva in qualche modo confortata dal precedente di Pohotovost' s.r.o.(ordinanza 16 novembre 2010, in causa 76/10.). La Corte è qui chiamata a decidere, alla luce dell'interpretazione della Direttiva 87/102 ( prima direttiva sul credito al consumo), quale sia la sorte del contratto nel quale la clausola contenente i costi del credito non menziona il TAEG. "La mancata indicazione del tasso annuo effettivo globale (TAEG) in un contratto di credito al consumo, indicazione che riveste un'importanza fondamentale nell'ambito della direttiva 87/102, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo, come modificata dalla direttiva 98/7" osserva la Corte, "può costituire un elemento decisivo nell'ambito dell'accertamento, da parte del giudice nazionale, della circostanza se una clausola di un contratto di credito al consumo relativa al costo di quest'ultimo, nella quale non compaia una siffatta indicazione, sia formulata in modo chiaro e comprensibile ai sensi dell'art.4 della direttiva 93/13, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori". "Ove così non fosse, detto giudice nazionale può valutare, anche d'ufficio, se, alla luce di tutte le circostanze che accompagnano la conclusione di tale contratto, l'omessa indicazione del TAEG in una clausola dello stesso relativa al costo di tale credito sia tale da attribuire alla citata clausola un carattere abusivo ai sensi degli artt.3 e 4 della direttiva 93/13". "Tuttavia", prosegue la Corte, "*indipendentemente dalla riconosciuta possibilità di valutare il citato contratto alla luce della direttiva 93/13, la direttiva 87/102 dev'essere interpretata nel senso che consente al giudice nazionale di applicare d'ufficio le disposizioni che traspongono nel diritto interno l'art.4 di quest'ultima direttiva e in base alle quali la mancata indicazione del TAEG in un contratto di credito al consumo comporta che il credito concesso sia considerato esente da interessi e spese*".

La circostanza che il richiamo sia qui all'applicazione della regola interna frutto di trasposizione della norma comunitaria, in presenza di una (originaria) lacuna del contratto, non cambia il risultato almeno dal profilo che qui interessa, perché nel pensiero della Corte si prospetta come "normale" l'operazione di integrazione della lacuna del contratto ( lacuna che potrebbe



pregiudicarne la validità) con la regola legale. Sicchè dovrebbe ricercarsi in una specifica e peculiare *ratio* il fondamento di una eventuale diversa regola di inammissibilità di tale operazione ove la lacuna sia determinata nel contratto dalla caducazione di una clausola abusiva: *ratio* che a questo punto non potrebbe che coincidere con una (sopravvalutata) funzione sanzionatoria del rimedio nei confronti del professionista (pure evocata dalla Corte), sempre nella prospettiva delle convenienze del consumatore.

Di sicuro non può negarsi che l'interpretazione rigida del dettato dell'art.6 n 1. della Direttiva e in particolare il rinvio al principio secondo cui "il contratto privo della clausola abusiva deve rimanere negli stessi termini", una volta di più sembra rispondere ad un obiettivo di garanzia estrema del consumatore cui farebbe da *pendant* una visione sanzionatoria della verifica di abusività. Ben venga anche la caducazione dell'intero contratto ogni qual volta vi si rintracci una clausola abusiva concernente un aspetto di disciplina comunque necessario per la sopravvivenza dello scambio, nel presupposto che la rimessa in discussione dell'intero contratto possa convenire al consumatore o sia comunque un "costo" per il professionista e realizzi così una funzione deterrente molto efficace.

L'interesse del consumatore e/o l'interesse generale ad una disciplina del contratto *più favorevole* al consumatore, tornerebbe qui a prevalere nel senso che nell'alternativa tra conservazione e sopravvivenza del contratto tornerebbe a pesare un uso della nullità (questa volta totale) in funzione di contrasto alle cattive prassi dei professionisti in danno dei consumatori<sup>8</sup>.

E sarebbe poi ancora "il punto di vista" del consumatore a dover prevalere nei casi di dubbio circa la "resistenza" del contratto nei termini originari, dopo la caducazione della clausola, in linea con quanto affermato in Perenicova.

Vero è che l'idea secondo cui, in principio, la nullità totale – e dunque un'ultima possibilità di sganciarsi dall'affare – meglio risponda all'interesse del consumatore, è discutibile tanto quanto quella che sia invece la conservazione del contratto ad assicurargli la migliore protezione. Si profila dunque ancora una volta – e qui in verità in modo decisivo – tutta l'ambiguità di un approccio alla nullità di protezione *consumer oriented*, spinto fino al punto di ritenere che la decisione sull'*an* e sul *quomodo* della sopravvivenza del contratto, quando non consegnata più o meno direttamente alla piena disponibilità del rimedio in sede processuale, chiami il giudice a "mimare" le scelte *postume* di convenienza del consumatore.

Ma l'esito appare in verità irragionevole prima che privo di fondamento, dovendosi ammettere che l'apprezzamento del giudice mai potrà coincidere con quello del tutto soggettivo del

---

<sup>8</sup> Obiettivo su cui peraltro la Corte insiste da tempo: v. Cofidis, sentenza 21 novembre 2002, Causa C-473/00



consumatore e inevitabilmente si attesterà su una “interpretazione” delle supposte convenienze di questi pur sempre desunte dall’esame del concreto assetto di interessi consegnato al contratto, e/o filtrate da parametri a questo esterni, chiamando in causa un giudizio secondo equità, o obiettivi di c.d. “giustizia contrattuale”.

Ad escludere siffatto esito non basterebbe la constatazione che non è dato rintracciare “un dato normativo financo implicito e indiretto che corrobora il conio dell’interesse *più vantaggioso* per il consumatore quale canone comunitariamente orientato, determinante una invalidità del contratto «secundum eventum litis»<sup>9</sup>: potendo simile risultato considerarsi comunque implicito nel quadro normativo e nello stesso modello di nullità “di protezione”, ove quest’ultimo si assuma quale veicolo di una “gestione” del contratto orientata dal quadro di convenienze del contraente “protetto”.<sup>10</sup>

Torna allora in gioco la (ri)definizione del modello di nullità di cui discorriamo, la struttura e la funzione del rimedio “di protezione”.

6. La presa d’atto che la nullità di protezione risponda in parte a un interesse privato e in parte a un interesse pubblico<sup>11</sup> non può condurre a ritenere – malgrado qualche infelice sortita della stessa nostra Suprema Corte<sup>12</sup> – che ciò determini una deviazione dal canone generale della rilevabilità d’ufficio della nullità, sicché il giudice sarebbe chiamato di volta in volta a risolvere un preteso conflitto tra i due interessi, conseguentemente decidendo la sorte del contratto in funzione della preminenza da accordare a quello del consumatore: dovendosi astenere dal dichiarare la nullità della clausola, pur quando ne riscontri i presupposti, ove ritenga che in quel caso il rimedio possa risolversi in svantaggio per il consumatore<sup>13</sup>, o, all’opposto, dovendo optare per la caducazione totale del contratto che pur potrebbe sopravvivere senza clausola, assumendolo come esito più vantaggioso per la parte debole.

L’obiettivo di assicurare scambi certi e veloci e dunque l’efficienza del mercato concorrenziale non è *altro* rispetto a quello di riequilibrare la posizione contrattuale della parte meno avveduta e informata, connotandosi piuttosto quest’ultimo come necessario presupposto di

<sup>9</sup> Così PAGLIANTINI, *op.cit.*, 103, che riprende l’espressione di F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998, 87

<sup>10</sup> Equivoco che ci sembra possa annidarsi anche nella definizione che, pur opportunamente correggendo il connotato della “relatività” ai fine di segnalare l’obiettivo precipuo di conservazione del contratto, vede nella nullità di protezione “una nullità parziale unidirezionale”: A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, Contratti, 2003, 205

<sup>11</sup> Così A. GENTILI, *Nullità di protezione e ruolo del notaio*, Riv. not., 2010, p. 297.

<sup>12</sup> Ci si riferisce a Cass., 8 febbraio 2012, n. 1875, secondo cui l’obiettivo di regolazione del mercato (verosimilmente assunto come potenzialmente conflittuale) non potrebbe mai assumersi quale “interesse pubblico idoneo a costituire logico e razionale fondamento della pretesa di applicare le soluzioni poste dalla disciplina a tutela del consumatore - e in particolare quella concernente il foro del consumatore - anche a svantaggio, e cioè in pregiudizio dell’interesse, del medesimo”.

<sup>13</sup> V. ancora l’argomento di Cass. n.1875/2012, alla nota precedente



quello<sup>14</sup>. La finalità di vantaggio (protezione) di una delle parti contrattuali si profila semmai *al contempo* individuale e generale e per questo veicolata da una nullità come quella di protezione: non essendo pertanto chiamato il giudice a decidere di volta in volta quale dei due interessi potenzialmente in conflitto debba prevalere, ma ad assicurare l'effettiva realizzazione dell'interesse del consumatore *in quanto* anche interesse generale.

L'obiettivo di protezione dell'interesse del consumatore, così inteso, è però intrinseco alla struttura del rimedio (e solo a questa), nei termini ricordati della non azionabilità dal lato del professionista; ed è peraltro consegnato già ai presupposti di diritto sostanziale di una nullità come si sa funzionale<sup>15</sup>. Intercettati gli elementi che reclamano l'intervento "di protezione", come delineati nella disciplina sul controllo della abusività delle clausole (vale a dire il grave squilibrio di diritti ed obblighi in danno del consumatore) la nullità, ove rilevata *ex officio*, è ..semplicemente nullità; e il percorso argomentativo e decisionale del giudice, quando si tratti di trarre le conseguenze, parziali o totali di quella caducazione, non si connota di una ulteriore e diversa flessibilità destinata a favorire il consumatore, oltre quella assicurata, a monte, dai criteri di verifica dell'effetto squilibrante della clausola.

Del tutto in linea con tale impostazione appare allora una regola interpretativa come quella formulata adesso in *Asbeek Brusse*, letta nel senso di escludere non l'applicazione delle *default rules* bensì (solo) un intervento correttivo del giudice

Ricostruito nei termini di cui sopra il paradigma "nullità di protezione", occorre tornare al percorso argomentativo della Corte e verificare il significato che in esso assume il richiamo alla "intangibilità" dei termini del contratto dal quale sia stata espunta la clausola abusiva.

Potrebbe obiettarsi che è pur sempre l'applicazione di una regola del diritto interno che, nei casi all'attenzione della Corte nelle sentenze *Banco Español de Crédito* e *Asbeek Brusse*, ha dato ingresso a quel potere del giudice; e che sarebbe tale integrazione, in generale, a compromettere la pretesa "intangibilità" del contratto, difesa dalla Corte (e sancita dalla Direttiva 93/13)

E tuttavia, malgrado sembri attardarsi sulla finalità vagamente sanzionatoria e comunque deterrente di siffatta interpretazione della Direttiva, è proprio il ragionamento della Corte a corroborare una ridefinizione nel senso indicato del principio al quale si intende ancorare la sorte del contratto privo delle clausole nulle.

Rispetto all'obiettivo di protezione del consumatore, sottolineano i giudici, si rivelerebbe controproducente qualunque "salvataggio" della clausola imposta dal professionista perchè *"tale*

---

<sup>15</sup> Il cui "vero e qualificante tratto distintivo" è "contribuire alla ristrutturazione e conformazione delle regole contrattuali e del connesso rapporto": così ancora da ultimo V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità. Le nullità conformative*, Le tutele contrattuali e il diritto eurpoeo- Scritti per Adolfo di Majo, a cura di S.Mazzamuto, Napoli, 2012, 649



*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...Ne consegue che una facoltà siffatta, se fosse riconosciuta al giudice nazionale, non potrebbe garantire, di per sé, una tutela del consumatore efficace quanto quella risultante dalla non applicazione delle clausole abusive” (punti 69 e 70 Banco Español , e ora 58 Asbeek Brusse).*

La prospettiva dalla quale parte della nostra dottrina ha contestato l'ammissibilità della sostituzione della clausola pattizia con la disciplina legale (ove necessaria) è qui, per così dire, rovesciata. Il principio che vorrebbe “intangibile” il contratto amputato della clausola abusiva non replica, nel quadro della legislazione consumeristica europea, l'ostilità verso tecniche di riespansione della legge pur nei territori lasciati al dispiegarsi dell'autonomia privata (quale conseguenza di una integrazione del contratto con una disciplina legale suppletiva e non cogente quale quella consegnata a norme dispositive)<sup>16</sup>; ma, all'opposto, intende segnalare *la radicalità proprio dell'intervento demolitorio nei confronti di manifestazioni di autonomia privata* frutto dell'abuso di potere contrattuale del professionista.

La differenza non è di poco conto. Poiché l'obiettivo di lungo periodo della protezione del consumatore e la difesa della “intangibilità” (non del contratto bensì ) “dei medesimi termini” dell'accordo, impongono di espungere *in toto*, allora, non la regolamentazione del profilo oggetto della pattuizione abusiva secondo il diritto interno, ove imprescindibile per la salvezza dell'operazione, ma, al contrario, proprio *la fonte convenzionale* di quella regolamentazione, che qualsivoglia *correzione* per via giudiziale manterrebbe comunque in vita.

A simile lettura dell'orientamento della Corte potrebbe obiettarsi che essa sembra comportare comunque un ridimensionamento della rigidità del principio che vorrebbe veder sopravvivere il contratto ( se ve ne sono i presupposti) solo “nei medesimi termini” in cui si presenta una volta eliminate le clausole abusive; non potendosi negare che l'integrazione per via legale comunque interviene a modificare i termini del negozio semplicemente “amputato”.

Se si assume tuttavia che l'esito avuto di mira dalla Corte è quello di presidiare a qualunque costo l'eliminazione dall'assetto di interessi concordato tra consumatore e professionista degli effetti squilibranti ascrivibili alla clausola pattizia imposta, la “intangibilità” così (forse esageratamente) evocata alla stregua del tenore dell'art. 6 n.1 della Direttiva 93/13, si presenterà

---

<sup>16</sup> G. B. FERRI, *La cultura del contratto e la struttura del mercato*, Riv. dir. comm., 1997, I,



nella più modesta veste di radicale irrecuperabilità, nel contratto, delle “deviazioni” al regime legale di distribuzione dei diritti ed obblighi tra le parti imposte dal professionista. “Deviazioni” che risulterebbero invece in qualche modo recuperate per il tramite dell’intervento giudiziale, proprio nel senso di avviare il rapporto contrattuale ad un assetto pur sempre diverso da quello che sarebbe derivato se quell’aspetto non fosse stato *ab origine* inciso da alcuna pattuizione privata (premissa a sua volta della “revisione” giudiziale) e fosse stato affidato invece semplicemente alla disciplina legale.

Una lettura dell’orientamento della Corte, ci sembra, più coerente con disciplina e *ratio* dell’intervento di contrasto alle clausole vessatorie e, in generale, con l’impostazione di tutto il diritto europeo dei contratti di consumo e con il risultato in termini di “governo” delle relazioni consumatori/professionisti che si vuol raggiungere.

Le tecniche di correzione del contratto per via giudiziale rintracciabili negli ordinamenti interni – al netto dei desiderata di parte della dottrina – tendono a ripristinare, nell’assetto di interessi affidato al contratto, un equilibrio comunque *interno* a quello scambio: il che, nel caso di intervento di supplenza a seguito della caducazione della clausola abusiva, chiamerebbe il giudice a riformulare, seppure in forma a suo avviso più paritaria, proprio *quella* distribuzione di diritti ed obblighi che il professionista ha inteso condizionare con la clausola abusiva vietata. In qualche modo pregiudicando, ad avviso della Corte, la totale e definitiva eliminazione degli effetti della clausola, che la “nullità di protezione” intende invece assicurare.

Il richiamo al rispetto dei termini originari del contratto, seppur nell’accezione che qui si preferisce, smentisce però al contempo l’idea – peraltro priva di solido aggancio normativo e sistematico<sup>17</sup> - che in presenza di regole di controllo sulla vessatorietà della clausola, e in generale tutte le volte in cui si discorra di nullità *funzionale*, il potere di dichiararla porti con sé anche quello di una *correzione tout court per via giudiziale* del contratto, volta a ricondurre l’equilibrio della posizione di ciascuna parte al rispetto di parametri *esterni* (il contratto equo, giusto, eccetera) Proprio a questo riguardo si prospetta allora di notevole rilievo l’impatto dell’orientamento della Corte, così ricostruito, nei rapporti tra diritto dell’Unione e diritto interno.

Perché se il contratto amputato delle clausole abusive, anche in vista di un obiettivo di conservazione nell’interesse del consumatore, ammette in principio, secondo la Corte, integrazioni per via legale, ma non quando la disciplina legale sia a sua volta veicolo di integrazione per via giudiziale, lo scetticismo della Corte sembra allora appuntarsi proprio sull’efficacia dell’intervento giudiziale questa volta in funzione di recupero di una auspicata giustizia contrattuale; sì

---

<sup>17</sup> PAGLIANTINI, *op.loc.ult.cit*



da far riflettere chi proprio in talune discipline di fonte europea ne ricerca invece la presunta legittimazione<sup>18</sup>.

## ABSTRACT

The paper takes the recent cases Erika Jörös (Case C- 397/11,) and Asbeek Brusse,(case C-488-11), both dated 30 may 2013, as a starting point for a more general analysis of the ECJ's approach to the legal consequences to be drawn by a national Court from finding that a contractual term is unfair.

According to the Author, the approach adopted by the Court is the same that it has already been expressed in Mostaza Claro case. By revisiting the earlier Océno, the Court clarified that national courts have not only the right but even the duty to assess the fairness or unfairness of standards terms of their own motion. Well, beginning from Mostaza Claro judgement and until the last ones, the ECJ has always confirmed its point of view concerning the consumer protection to be considered as a general interest.

The article aims at arguing how such an approach gives an important contribution to highlight the Court's solution concerning the issue related to the fate of the contract once amended from its unfair terms. Consistently with this idea of consumer protection, in the recent Erika Jörös the ECJ partially reviews the so called Perenicova jurisprudence (according which the contract is to be void as a whole where that will ensure better protection of the consumer ) and clarifies that the national court is required to determine whether or not the contract can continue to produce its effects without the unfair terms, *in principle* on the basis of objective criteria. From the same point of view should be better appreciated the ruling concerning the power of the national Court to revise the content of contract terms. In Asbeek Brusse , dealing with the same issue as in Banco Espanol , the Court confirms its view that the national court, in order to safeguard the interest of both the parties or even the consumer's best interest only, cannot modify the contract. But the second statement and its arguments–included the element of deterrence– better explains that the Court would consider in contrast with the rules and the purposes of the Directive 93/13 any revision of the content of the unfair clause (which in some ways lets the trader's contractual power play a role), but doesn't exclude that the default rules of national law can apply.

---

<sup>18</sup> Sia consentito rinviare alle nostre considerazioni in R.ALESSI, *Transazioni commerciali e redistribuzione tra le parti del costo del ritardato pagamento: per una lettura del d.lgs. 231/2002 al riparo dall'ambiguo richiamo all' "equità"*, Studi in onore di Antonio Palazzo - vol. III, Torino, 2009, 1 ss.