



CGUE, IV SEZ., SENT.12 GENNAIO 2023, CAUSA C-395/21

1) L'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, come modificata dalla direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, deve essere interpretato nel senso che: rientra nell'ambito di applicazione di tale disposizione la clausola di un contratto di prestazione di servizi legali stipulato tra un avvocato e un consumatore che fissi il prezzo dei servizi forniti secondo il principio della tariffa oraria.

2) L'articolo 4, paragrafo 2, della direttiva 93/13, come modificata dalla direttiva 2011/83, deve essere interpretato nel senso che:

non soddisfa l'obbligo di formulazione chiara e comprensibile, ai sensi di tale disposizione, la clausola di un contratto di prestazione di servizi legali stipulato tra un avvocato e un consumatore che fissi il prezzo di tali servizi secondo il principio della tariffa oraria senza che siano comunicate al consumatore, prima della conclusione del contratto, informazioni che gli consentano di prendere la sua decisione con prudenza e piena cognizione delle conseguenze economiche derivanti dalla conclusione di tale contratto.

3) L'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 93/13, come modificata dalla direttiva 2011/83, deve essere interpretato nel senso che:

la clausola di un contratto di prestazione di servizi legali stipulato tra un avvocato e un consumatore che fissi, secondo il principio della tariffa oraria, il prezzo di tali servizi e che rientri, pertanto, nell'oggetto principale di detto contratto, non deve essere considerata abusiva per il solo fatto che non soddisfa l'obbligo di trasparenza di cui all'articolo 4, paragrafo 2, di tale direttiva, come modificata, a meno che lo Stato membro il cui diritto nazionale si applica al contratto di cui trattasi abbia espressamente previsto, conformemente all'articolo 8 di detta direttiva, come modificata, che la qualificazione come clausola abusiva discenda da questo solo fatto.

4) L'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13, come modificata dalla direttiva 2011/83, devono essere interpretati nel senso che:

qualora un contratto di prestazione di servizi legali stipulato tra un avvocato e un consumatore non possa sussistere dopo la soppressione di una clausola dichiarata abusiva che fissi il prezzo dei servizi secondo il principio della tariffa oraria, e tali servizi siano già stati forniti, essi non ostano a che il giudice nazionale ripristini la situazione in cui il consumatore si sarebbe trovato in assenza di tale clausola, anche quando ciò comporti che il professionista non percepisca alcun compenso per i suoi servizi. Nell'ipotesi in cui l'invalidazione del contratto nella sua interezza esponga il consumatore a conseguenze particolarmente dannose, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare, tali disposizioni non ostano a che il giudice nazionale sani la nullità di detta clausola sostituendola con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva o applicabile in caso di accordo tra le parti di detto contratto. Per contro, tali disposizioni ostano a che il giudice nazionale sostituisca la clausola abusiva dichiarata nulla con una stima giudiziaria del livello del compenso dovuto per detti servizi.



CHIARA SARTORIS

Assegnista di ricerca – Università degli Studi di Firenze

**POST ABUSIVITÀ: IL PUNTO SULLA GIURISPRUDENZA EUROPEA
(NOTA A CORTE DI GIUSTIZIA, 12 GENNAIO 2023, CAUSA C-395/21)***

SOMMARIO: 1. La sentenza della Corte di Giustizia del 12 gennaio 2023: il problema della clausola abusiva essenziale. – 2. Gli effetti dell'accertamento della clausola abusiva essenziale: l'evoluzione della giurisprudenza europea. – 3. Gli scenari emergenti e le loro criticità. – 4. Effettività e graduazione della tutela.

1. – La recente sentenza della Corte di Giustizia del 12 gennaio 2023 offre l'occasione di riflettere su alcune rilevanti questioni interpretative in materia di clausole abusive nei contratti B2C¹. In particolare, concentrerò l'attenzione sui poteri del giudice in caso di disapplicazione di una clausola abusiva essenziale. Trattasi di questione di cruciale importanza. Poiché, secondo l'impostazione della giurisprudenza europea, il giudice nazionale deve valutare che il rimedio sia effettivo, dissuasivo e proporzionato, tale verifica richiede di interrogarsi non solo sulla configurazione dello specifico rimedio caducatorio, ma anche sulle conseguenze della sua operatività².

Anticipo subito che il destino di un contratto tra professionista e consumatore recante una clausola abusiva essenziale è segnato da un'alternativa netta: o va incontro a caducazione totale o il consumatore rimane vincolato a una clausola che lo svantaggia ingiustamente pur di non subire i rischi connessi alla caducazione totale del contratto (le restituzioni). Come si vedrà, la questione interpretativa si pone in quanto l'art. 6 direttiva 93/13/CEE non fornisce alcuna indicazione al riguardo, limitandosi a riconoscere al giudice il potere di disapplicare la clausola abusiva. Da qui la necessità di una riflessione in ordine all'effettività della tutela offerta al consumatore in questo specifico caso.

Una possibile risposta al problema è oggi offerta dai principi interpretativi enunciati dalla CG che, a partire dal noto caso *Kasler* del 2014, ha iniziato a superare il suo approccio interpretativo tradizionale, tendenzialmente restrittivo rispetto ai poteri del giudice, in favore di una soluzione che non esclude radicalmente limitate forme di modifica post abusività del contratto³.

Al fine di impostare proficuamente la riflessione tratteggiata, muovo subito dai termini essenziali della

* Lo scritto costituisce il testo dell'intervento svolto presso l'Osservatorio sul Diritto Privato delle Corti europee, svolto il 4 maggio 2023.

¹ Corte di Giustizia, 12 gennaio 2023, causa C-395/21, *D.V. c. M.A.*, in www.personaemercato.it con nota di C. BRESCI, *Trasparenza e compenso del professionista: quale destino in ipotesi di abusività della relativa clausola?*

² Al tema della c.d. post abusività o post vessatorietà la dottrina degli ultimi anni sta dedicando particolare attenzione. Cfr. spec. S. PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 3, 561 ss.; S. PAGLIANTINI, A. PALMIERI, *Il post-vessatorietà come una "Baustelle in Dunkeln"?*, in *Foro it.*, 2021, 5, part. III, 294 ss.

³ Cfr. Corte di Giustizia, 30 aprile 2013, causa C-26/13, *Kasler*, in *Contr.*, 2014, 853 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale e A.B.F.: il "mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*



vicenda sottoposta all'esame della Corte di Giustizia, la quale, diversamente dalla maggior parte delle pronunce in materia, non attiene ai contratti di mutuo (magari in valuta estera), ma riguarda un contratto di prestazione di servizi legali. Più precisamente le parti, un avvocato e il suo cliente, avevano stipulato cinque contratti di prestazione di servizi legali a titolo oneroso nel periodo aprile-agosto 2018. Gli onorari del professionista erano fissati secondo il principio della tariffa oraria per un importo di 100 euro per ogni ora di consulenza e di prestazione di servizi al cliente. Poiché quest'ultimo aveva mancato di pagare tali onorari, l'avvocato si era rivolto al giudice (lituano) per ottenere tutela dei suoi diritti. Sennonché, il giudice di primo grado rilevava l'abusività delle clausole relative al prezzo di tutti e cinque i contratti per violazione del principio di trasparenza e, conseguentemente, riduceva della metà gli onorari reclamati. A fronte del rigetto del ricorso anche da parte del giudice di secondo grado, l'avvocato ricorreva per cassazione. Quest'ultima decideva di proporre rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ravvisando due questioni interpretative rilevanti: una relativa all'interpretazione della locuzione "oggetto principale del contratto" ex art. 4 direttiva 93/13/CEE, non essendo chiaro né se in essa rientri la clausola che fissa il prezzo dei servizi forniti secondo il principio della tariffa oraria, né come debbano essere interpretati i requisiti di trasparenza per decretarne la sua validità; l'altra questione – su cui soffermerò maggiormente l'attenzione – relativa agli effetti dell'accertamento del carattere abusivo di una clausola, quella sul prezzo del servizio, che ha carattere essenziale per il contratto.

Accenno brevemente alla prima delle questioni menzionate. La Corte di Giustizia è chiamata a pronunciarsi sulla portata della locuzione di "oggetto principale del contratto" di cui all'art. 4 direttiva 93/13/CEE, non essendo chiaro se essa ricomprenda anche la clausola non negoziata tra le parti relativa al costo della prestazione e alle sue modalità di calcolo. Come è noto, la disposizione citata costituisce un'eccezione al meccanismo di controllo delle clausole abusive, sicché essa è da sottoporre a una interpretazione restrittiva. Secondo l'impostazione ormai consolidata della Corte, in tale locuzione possono rientrare solo le clausole che fissano le prestazioni essenziali del contratto e che, quindi, lo caratterizzano. In questa ottica, non vi è dubbio che essenziale debba essere considerata la clausola relativa al compenso per i servizi legali, essendo il rapporto contrattuale caratterizzato proprio dalla fornitura dietro compenso di servizi legali. Nel contempo, la disposizione in esame pone un interrogativo interpretativo anche per quanto riguarda la portata dell'obbligo di trasparenza a cui sono soggette le clausole relative all'oggetto principale del contratto. Secondo la Corte di Giustizia, due sono i requisiti (complementari) di validità in punto di trasparenza: uno attiene alla comprensibilità sul piano formale e grammaticale del contenuto della clausola; l'altro impone che il contratto descriva in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo al quale si riferisce la clausola⁴.

Nel caso di specie la clausola sul compenso dell'avvocato non supera il test di trasparenza perché il mec-

⁴ Si rinvia, in particolare a quanto da ultimo statuito da Corte di Giustizia, 3 marzo 2020, causa C-125/18, *Gómez del Moral Guasch c. Bankia*, in *Jus civile*, 2021, 1957 ss., con nota di V. D'ALESSANDRO, *Trasparenza e abusività delle clausole di indicizzazione degli interessi*: la regola di trasparenza «si applica in ogni caso, anche quando una clausola rientri nell'ambito di applicazione dell'art. 4, paragrafo 2, di detta direttiva e anche se lo Stato membro interessato non ha trasposto tale disposizione» (par. n. 46). Sul tema più generale della trasparenza nei contratti B2C v.: V. RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore"*, Napoli, 1997; F. DI GIOVANNI, *La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori*, Torino, 1998; E. MINERVINI, *La trasparenza contrattuale*, *Contr.*, 2011, 975 ss.; S. PAGLIANTINI, voce *Trasparenza contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, 1294 ss.; ID, *La trasparenza consumeristica tra "dottrina" della Corte ed equivoci interpretativi*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 659 ss.; E. POILLOT, *Le contrôle de la transparence matérielle des clauses portat sur l'objet du contrat: une nouvelle arme en matière de lutte contre les clauses abusives*, in *Dalloz*, 2017, 1098 ss.; MENGOZZI, *La Corte di giustizia e la trasparenza da assicurare nella conclusione dei contratti con i consumatori*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2019, 765 ss.; A. IULIANI, *La trasparenza consumeristica nell'interpretazione della Corte di Giustizia e della dottrina*, in *Foro it.*, 2020, IV, 23 ss.



canismo di fissazione del prezzo secondo il principio della tariffa oraria non consente «in mancanza di qualsiasi altra informazione fornita dal professionista a un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente avveduto, di valutare le conseguenze finanziarie derivanti da tale clausola, ossia l'importo complessivo da pagare per detti servizi». Sia pure con una precisazione: i giudici hanno cura di chiarire che nei casi in cui sia difficile o impossibile per il professionista prevedere sin dalla conclusione del contratto il costo totale effettivo dei servizi da fornire, il rispetto del requisito di trasparenza deve essere valutato con riferimento agli elementi di cui lo stesso professionista disponeva al momento della conclusione del contratto.

A quanto sin qui detto si aggiunga un'ulteriore considerazione. La valutazione sulla trasparenza della clausola relativa all'oggetto principale del contratto non esaurisce il sindacato di abusività, nel senso che l'intrasparenza non comporta automaticamente la declaratoria di abusività, ma è solo uno degli elementi da valutare. Il giudice è tenuto a verificare anche la possibile violazione del requisito della buona fede e, in un secondo momento, la sussistenza di un eventuale significativo squilibrio a danno del consumatore. Tanto è richiesto a meno che uno Stato membro non preveda espressamente, in conformità all'art. 8 della direttiva, un più elevato livello di tutela, esigendo che la qualificazione di una clausola come abusiva discenda dal solo fatto della violazione dell'obbligo di trasparenza, come accade, appunto, per la legislazione lituana.

Ciò premesso, giova ora concentrare l'attenzione sul cuore della presente riflessione, rappresentato dalle questioni quinta e sesta del rinvio pregiudiziale. Una volta accertata l'abusività per intrasparenza della clausola sul compenso dell'avvocato, si tratta di stabilire se, trattandosi di pattuizione essenziale, il contratto possa comunque sopravvivere alla sua disapplicazione o, più precisamente, quali sono le conseguenze della sua caducazione.

A riguardo, la Corte distingue due situazioni. Nel caso in cui il contratto non possa effettivamente sussistere dopo la soppressione della clausola relativa al prezzo, l'esito della invalidazione totale ben sarebbe configurabile e ciò quand'anche la conseguenza sia la mancata percezione di un compenso per il professionista. Tanto significa che la caducazione del contratto, di per sé, non è un esito in contrasto con la regola dell'art. 6 della direttiva. Il problema in punto di effettività della tutela si pone nel diverso caso in cui siffatta invalidazione esponga il consumatore a conseguenze particolarmente dannose, tanto da penalizzarlo ingiustificatamente. Per convincere della bontà di tale affermazione la Corte menziona la fattispecie del mutuo stipulato dal consumatore-mutuatario, la cui nullità totale renderebbe «immediatamente esigibile l'importo residuo dovuto a titolo di mutuo in proporzioni che potrebbero eccedere le capacità finanziarie del consumatore e potrebbe comportare conseguenze particolarmente dannose per quest'ultimo»⁵.

Ma vi è di più. È interessante evidenziare il passaggio in cui la Corte di Giustizia rileva come il carattere particolarmente dannoso della dichiarazione di nullità di un contratto non consiste solo in conseguenze di natura puramente pecuniaria. Tutto il contrario, tra le conseguenze pregiudizievoli deve essere annoverata anche la situazione di incertezza giuridica che siffatta invalidazione totale può produrre a carico della sfera giuridica del consumatore. Si consideri che se, come nel caso di specie, il contratto ha ad oggetto la prestazione di servizi già forniti al momento dell'accertamento dell'abusività della clausola sul prezzo, il consumatore può trovarsi esposto al rischio che il diritto nazionale consenta al professionista di reclamare un compenso per tali servizi su un fondamento diverso dal contratto dichiarato nullo. Non solo, a ciò aggiungasi la possibilità che in presenza di un'operazione negoziale più complessa l'invalidità del contratto possa incidere sulla

⁵ Così Corte di Giustizia, 12 gennaio 2023, causa C-395/21, cit (parag. 61); Corte di Giustizia, 3 marzo 2020, causa C-125/18, cit. (parag. 63).



validità e sull'efficacia di atti ulteriori compiuti in forza di quel contratto, con conseguente amplificazione delle conseguenze pregiudizievoli prodotte dalla caducazione totale del contratto.

D'altra parte, occorre anche considerare che il giudice nazionale, nel caso in esame, non potrebbe neppure concretamente ripristinare la situazione preesistente in cui il consumatore si sarebbe trovato in assenza della clausola abusiva, perché, come detto, egli ha già fruito dei servizi legali pattuiti nei contratti. Tale ripristino, allora, potrebbe realizzarsi unicamente nella forma della esenzione dall'obbligo di pagare gli onorari stabiliti in base a detta clausola. Con riguardo a quest'ultimo profilo la Corte di Giustizia, nel prisma del principio di effettività delle tutele, afferma che laddove i servizi legali siano già stati forniti, al giudice nazionale spetta comunque ripristinare la situazione in cui il consumatore si sarebbe trovato in assenza della clausola abusiva essenziale, benché ciò comporti che il professionista non percepisca alcun compenso per i suoi servizi.

Tutto ciò premesso, la Corte di Giustizia, richiamando i principi enunciati nel già ricordato caso *Käsler* del 2014, statuisce che, in presenza della situazione in esame, il giudice nazionale possa eccezionalmente impedire la caducazione del contratto mediante la sostituzione della «*clausola abusiva dichiarata nulla con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva o applicabile in caso di accordo tra le parti del contratto di cui trattasi*». Nell'ammettere siffatta possibilità, la Corte, nel contempo, ne circoscrive la portata con una importante precisazione. La disposizione suscettibile di colmare la lacuna contrattuale deve possedere due caratteristiche fondamentali: per un verso, deve trattarsi di disposizione specificamente applicabile ai contratti conclusi tra un professionista e un consumatore, cioè deve trattarsi di disposizione che tenga conto della posizione di strutturale svantaggio in cui si trova il consumatore; per altro verso, non deve avere una portata talmente generica talché «*la sua applicazione equivarrebbe a consentire, in sostanza, al giudice nazionale di fissare, sulla base di una sua propria stima, il compenso dovuto per i servizi forniti*». La Corte di Giustizia è chiara, dunque, nel qualificare tale operazione di integrazione del contratto come una possibilità del tutto eccezionale, da intendere in senso restrittivo e non lasciata alla discrezionalità del giudice. Non a caso, essa si premura di precisare, altresì, che rimane rigorosamente preclusa la strada dell'integrazione di stampo puramente giudiziale: i principi alla base della direttiva non consentirebbero al giudice nazionale di sostituire la clausola dichiarata nulla con una stima giudiziaria del compenso spettante al professionista per i servizi legali resi.

2. – La sentenza testé descritta rappresenta un'ulteriore tappa della evoluzione a cui è andata incontro la giurisprudenza europea nell'affrontare il problema degli effetti dell'accertamento della clausola abusiva essenziale.

In via preliminare, occorre ricordare che tale problema interpretativo non ha ricevuto immediata attenzione da parte della dottrina e della giurisprudenza, entrambe concentrate, in una prima fase, a comprendere l'esatta portata del potere del giudice di accertare officiosamente l'abusività della clausola. A riguardo, la Corte di Giustizia è stata chiara sin da subito nel concepire siffatto potere giudiziale in termini piuttosto estensivi, ravvisando nell'intervento di un soggetto terzo sul contratto uno strumento necessario per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale del consumatore e, conseguentemente, livelli ottimali di concorrenzialità sul mercato comune⁶. Tanto da qualificare tale intervento non come semplice facoltà, ma come vero e proprio obbligo, da esercitare in ogni fase a grado del giudizio⁷.

⁶ Cfr. Corte di Giustizia, 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/1998 a C-244/1998, *Oceano Grupo Editorial e Salvat Editores*, in *Racc.*, I, 4941ss.; Corte di Giustizia, 21 novembre 2002, causa C-473/2000, *Cofidis S.A. e Jean. Louise Fredout*, in *Racc.*, I, 10875



Tutto al contrario, con riguardo al post abusività, le prime pronunce della Corte di Giustizia, risalenti a una decina di anni fa, hanno sempre mirato a circoscrivere il più possibile qualsivoglia forma di intervento diretto del giudice sul contratto⁸. L'apparente paradosso di due letture così diverse tra loro rispetto al pro-

ss.; Corte di Giustizia, 26 ottobre 2006, causa C-168/2005, *Mostaza Claro*, in *Racc.*, I, 10421 ss.; Corte di Giustizia, 21 febbraio 2013, causa C-472/2011, *Banif Plus Bank Zrt*, in www.curia.europa.eu; Corte di Giustizia, 6 ottobre 2009, causa C-40/2008, *Asturcom Telecomunicaciones*, in www.curia.europa.eu; Corte di Giustizia, 4 giugno 2009, causa C-243/2008, *Pannon*, in *Racc.*, I, 4812 ss.; Corte di Giustizia, 16 febbraio 2016, causa C-49/2014, *Zambrano*, in www.curia.europa.eu.

⁷Non è questa la sede per soffermarsi sulla recente giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di giudicato, ma non si può non ricordare, sia pure per cenni, che la questione della cedevolezza del giudicato di fronte alla violazione di norme del diritto comunitario si è posta sin dal caso *Lucchini* del 2007 (Corte di Giustizia, 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, in www.curia.europa.eu) ed è culminata con le sentenze rese nel maggio 2022 (Corte di Giustizia, Grande Sezione, 22 maggio 2022, cause riunite C-600/19 *Ibercaja Banco*, causa C-869/19 *Unicaja Banco*, causa C-725/19 *Impuls Leasing Romani*, causa C-693/19 *SPV Project*, causa C-831/19 *Banco di Desio e della Brianza*, in www.curia.europa.eu): in cui si è affermato: «L'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale la quale prevede che, qualora un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore non sia stato oggetto di opposizione proposta dal debitore, il giudice dell'esecuzione non possa – per il motivo che l'autorità di cosa giudicata di tale decreto ingiuntivo copre implicitamente la validità delle clausole del contratto che ne è alla base, escludendo qualsiasi esame della loro validità – successivamente controllare l'eventuale carattere abusivo di tali clausole. La circostanza che, alla data in cui il decreto ingiuntivo è divenuto definitivo, il debitore ignorava di poter essere qualificato come “consumatore” ai sensi di tale direttiva è irrilevante a tale riguardo». In altri termini, valorizzando al massimo il principio di effettività delle tutele, la Corte di Giustizia sembra aver messo in discussione la regola processuale del giudicato consentendo ai giudici di esaminare anche d'ufficio la questione dell'abusività della clausola anche ove questa sia già stata oggetto di un precedente giudizio: «una normativa nazionale secondo la quale un esame d'ufficio del carattere abusivo delle clausole contrattuali si considera avvenuto e coperto dall'autorità di cosa giudicata anche in assenza di qualsiasi motivazione in tal senso contenuta in un atto quale un decreto ingiuntivo può, tenuto conto della natura e dell'importanza dell'interesse pubblico sotteso alla tutela che la direttiva 93/13 conferisce ai consumatori, privare del suo contenuto l'obbligo incombente al giudice nazionale di procedere a un esame d'ufficio dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali». In letteratura: BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rass. trib.*, 2007, 1579 ss.; C. CONSOLO, *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino a intaccare la “ferrea” forza del giudicato sostanziale?*, in *Corr. giur.*, 2007, 1189 ss.; ID., *La sentenza “Lucchini” alla Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 225 ss.; V. NUCERA, *La tenuta del giudicato nazionale al banco di prova del contrasto con l'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, IV, 149 ss.; R. CAPONI, *Corti europee e giudicati nazionali, Relazione al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Verona, 25-26 settembre 2009*, in *Corti europee e giudicati nazionali, Atti del XXVII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 2011, 239 ss.; G. FIENGO, *Il ruolo del giudice alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Aa.Vv., Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo*, a cura di S. Caporusso, E. D'Alessandro, in *Giur. it.*, 2022, 2, 526 ss.; S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all'effettività*, in *Giur. it.*, 2022, 10, 2113 ss. Con particolare riguardo all'ordinamento italiano, si ricorda altresì la recentissima sentenza delle Sezioni Unite (Cass. Sez. Un., 6 aprile 2023, n. 9479, in www.judicium.it, con nota di I. FEBBI, *Impressioni a caldo sulla sentenza della Corte di Cassazione S.U. 9479/2023*) che rappresenta la prima decisione volta a recepire i principi enunciati dalla Corte di Giustizia, al fine di dare concreta attuazione al principio eurounitario di effettività della tutela del consumatore in caso di decreto ingiuntivo non opposto. In particolare, la Corte di Cassazione propone di distinguere a seconda che il giudizio concerna un decreto ingiuntivo già passato in giudicato o meno. Nei casi in cui il decreto non sia già passato in giudicato all'indomani dell'arresto della Corte di Giustizia, al giudice del giudizio monitorio è richiesto di effettuare un controllo sulle clausole del contratto, funzionale, in presenza di clausole abusive, a rigettare o accogliere parzialmente il ricorso per decreto ingiuntivo. Ove il decreto sia già passato in giudicato, invece, la misura più adeguata per tutelare il consumatore in linea con i principi della Corte di Giustizia viene ravvisata nello strumento dell'opposizione tardiva al decreto ingiuntivo ex art. 650 c.p.c., adattandolo alle specificità della fattispecie in esame: il giudice dell'esecuzione «se rileva il possibile carattere abusivo di una clausola contrattuale, ma anche se ritenga che ciò non sussista, ne informa le parti e avvisa il debitore consumatore (ciò che varrà come interpello sull'intenzione di avvalersi o meno della nullità di protezione) che entro 40 giorni da tale informazione – che nel caso di esecutato non comparso è da rendersi con comunicazione di cancelleria – può proporre opposizione a decreto ingiuntivo e così far valere (soltanto ed esclusivamente) il carattere abusivo delle clausole contrattuali incidenti sul riconoscimento del credito oggetto di ingiunzione».

⁸Cfr. Corte di Giustizia, 14 giugno 2012, causa C-618/10, *Banco Español de crédito*, in www.curia.europa.eu: «i giudici naziona-



blema della tutela contro le clausole abusive si spiega alla luce di un dato. La descritta impostazione trovava fondamento in una interpretazione rigidamente letterale dell'art. 6 della direttiva 93/13/CEE, che, come già detto, attribuisce ai giudici il solo potere di accertare l'abusività di una clausola e di disapplicarla affinché non vincoli il consumatore, a condizione che il contratto possa esistere senza di essa. In questa prospettiva, allora, il divieto di modificare il contratto in tanto trova giustificazione in quanto mira a evitare la violazione dell'obiettivo di lungo termine sancito dall'art. 7 della direttiva: ci si riferisce all'«*effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione, nei confronti del consumatore, di siffatte clausole*». L'idea è che se il giudice potesse rivedere il contenuto del contratto così da evitarne la caducazione totale, i professionisti «*rimarrebbero tentati di utilizzare tali clausole, consapevoli che, quand'anche fossero invalidate, il contratto potrebbe nondimeno essere integrato, per quanto necessario, dal giudice nazionale*» per garantire il loro interesse⁹.

Siffatta impostazione ha iniziato a scricchiolare nel momento in cui la Corte di Giustizia è stata interrogata su alcune rilevanti questioni relative al post abusività e, particolarmente, quelle legate all'abusività di clausole essenziali, come quelle sui tassi di interesse di un contratto di mutuo o quelle sui tassi di cambio nei mutui in valuta estera. I giudici, invero, si sono resi conto che un'applicazione piatta e indistinta della regola dell'art. 6, che non tenga conto del peso specifico della singola pattuizione rispetto al significato complessivo dell'operazione negoziale, finisce per frustrare proprio l'effettività della tutela. Essa determinerebbe la invalidazione totale del contratto e obbligherebbe il consumatore a dare corso alle conseguenti restituzioni che, soprattutto nei contratti di mutuo, potrebbero eccedere la sua capacità finanziaria, trasformando il rimedio da strumento di protezione in male peggiore della malattia che si mirava a curare.

Una tappa indispensabile nell'evoluzione del pensiero della Corte di Giustizia è rappresentata dal già ricordato caso *Kásler* in cui, per la prima volta, viene ammesso un intervento integrativo in via suppletiva proprio al fine di evitare tanto che il consumatore sia esposto a conseguenze particolarmente dannose, quanto che l'effetto dissuasivo risultante dalla invalidazione della clausola abusiva venga compromesso¹⁰. Nel caso di specie, infatti, il sindacato di abusività si appuntava sulla clausola di indicizzazione di un mutuo in valuta estera: come è chiaro, trattasi di clausola essenziale, disapplicata la quale, il contratto non sarebbe potuto sopravvivere se non fosse stato possibile integrarlo a mezzo di una norma suppletiva di diritto nazionale. Diversamente ragionando, invero, il consumatore sarebbe stato scoraggiato dal far valere l'abusività della clau-

li 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. (...) 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'art. 7 della direttiva 93/13»; Corte di Giustizia, 30 maggio 2013, causa C-488/11, *Asbeek Brusse*, in www.curia.europa.eu (per un commento v. R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Joros e Asbeek Brusse*, in *Jus civile*, 2013, 7, 388 ss.); Corte di Giustizia, 27 marzo 2014, causa C-565/12, *LCL Le Crédit Lyonnais S.A.*, in *Contr.*, 2014, 10, 873 ss., con nota di T. RUMI, *Verifica del merito creditizio ed efficacia dei rimedi a tutela del consumatore*; Corte di Giustizia, 21 gennaio 2015, cause C-482-483-485-487/13, *Unicaja Banco*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 423 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *Il "restatement" della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*; Corte di Giustizia, 9 novembre 2016, causa C-43/15, *Home Credit*, in www.curia.europa.eu.

⁹ Così Corte di Giustizia, 14 giugno 2012, causa C-618/10, cit.

¹⁰ Cfr. Corte di Giustizia, 30 aprile 2013, causa C-26/13, *Kásler*, cit. Per approfondire la sentenza v.: S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale e A.B.F.: i l "mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, cit., 853 ss.; A. D'ADDA, *Il giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva essenziale applicando una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*, in *Dir. civ. cont.*, 2014, 1 ss.; F. SCAVONE, *Le clausole abusive e gli effetti della declaratoria di nullità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea: il caso Kásler c. OTP Jelzalogbank Zrt*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2014, 2, 875 ss.



sola, preferendo rimanere vincolato a essa piuttosto che soggiacere alle conseguenze restitutorie derivanti dalla nullità della singola clausola (il versamento in un'unica soluzione dell'intera somma ricevuta a titolo di mutuo).

A partire da questa pronuncia, la Corte consolida la descritta impostazione, tanto da ravvisare nella integrazione suppletiva del contratto un indispensabile strumento di completamento della tutela (in negativo) rappresentata dalla disapplicazione della clausola abusiva¹¹. Si determina, in altri termini, la consapevolezza di non poter escludere a priori una modifica del regolamento contrattuale per mano del giudice, sia pure nei limiti di una integrazione di stampo legale funzionale a scongiurare l'esito di una invalidazione totale che renda ineffettiva la tutela del consumatore¹².

Si potrebbe obiettare che anche la strada dell'integrazione legale non vada del tutto esente da criticità ove si consideri che non sempre la sussistenza di una disposizione di natura suppletiva di diritto nazionale è idonea a garantire un adeguato livello di effettività di tutela. O, peggio ancora, talvolta la disposizione per colmare la lacuna, pur promanando dalla legge di diritto nazionale, potrebbe risultare in concreto abusiva nel caso in cui, inserita in uno specifico regolamento contrattuale, generi pur sempre un significativo squilibrio nei diritti e nei doveri tra le parti. A ben vedere, mi sembra, tuttavia, che il paventato rischio di una nuova ipotesi di abusività della clausola sia scongiurato dalla seguente considerazione: è vero che le clausole riproduttive di disposizioni di legge si sottraggono al sindacato di abusività, ma è vero, altresì, che questa regola non opera rispetto alle clausole fissate in deroga alla norma suppletiva, proprio perché espressiva pur sempre di un atto di esercizio di autonomia negoziale¹³. Tanto appare coerente, oltretutto, con una lettura sostanzialistica e non meramente formalistica della disciplina sulle clausole abusive.

¹¹ Per le ricadute di questa impostazione nell'ordinamento italiano e, in particolare, con riguardo alla nullità di protezione si vedano: S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, 4, 751 ss.; ID., *Post-vessatorietà e integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, cit., 561 ss.; A. D'ADDA, *La correzione del contratto abusivo, in le invalidità di diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011, 376 ss.; ID., *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contr.*, 2013, 1, 16 ss.; ID., *Le stagioni dell'integrazione del contratto*, in *Annuario del contratto 2019*, Torino, 2020, 42 ss.; G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Torino, 2012; C. SARTORIS, *Nullità di protezione e integrazione del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2020, 4, 609 ss.; A. CALDORO, *Clausole abusive e rimedi alla caducazione: rimessione delle parti alle trattative, nuova frontiera (o terra incognita)?*, in *Contr.*, 2021, 285 ss.

¹² Cfr. Corte di Giustizia, 7 agosto 2018, cause riunite C-96/16 e C-94/17, *Banco Santander Escobedo Cortés*, in www.curia.europa.eu: «(...) la possibilità per il giudice nazionale di sostituire ad una clausola abusiva una norma di diritto interno a carattere suppletivo (...) è limitata alle ipotesi in cui l'invalidazione della clausola summenzionata obbligherebbe il giudice ad annullare il contratto nel suo insieme, esponendo così il consumatore a conseguenze tali che questi ne sarebbe penalizzato»; Corte di Giustizia, 14 marzo 2019, causa C-118/17, *Zsuzanna Dunai*, in www.curia.europa.eu; Corte di Giustizia, 24 ottobre 2019, causa C-211/17, *SC Topaz Development srl*, in www.cura.europa.eu; Corte di Giustizia, Grande Sezione, 3 marzo 2020, causa C-125/18, *Gómez del Moral Guasch*, cit.; Corte di Giustizia, Grande Sezione, 26 marzo 2019, cause riunite C-70/19 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria S.A./Bankia S.A.*, in *Pers. e merc.*, 2019, 3, 9 ss., con nota di C. SARTORIS, *Clausola abusiva di risoluzione anticipata e poteri del giudice nella sentenza Bankia S.A. Della Corte di Giustizia*; Corte di Giustizia, 14 maggio 2019, causa C-260/18 *Dziubak*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 1262 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *I mutui indicizzati ed i limiti di un consumatore "costituzionalizzato": la "dottrina" della Corte di Giustizia da Árpád Kásler a Dziubak*: «Nell'ottica di evitare effetti eccessivamente pregiudizievoli per il consumatore derivanti dalla caducazione dell'intero contratto, l'eccezione di cui alla sentenza Kásler consente al giudice un intervento a integrazione del contratto che deve però limitarsi a sostituire la clausola abusiva con una clausola riprodottrice la disposizione normativa di natura suppletiva, senza alcuno spazio interpretativo o "creativo"».

¹³ Come è noto, l'art. 1, par. 2, della direttiva 93/13/CEE esclude dall'ambito di applicazione della disciplina sulle clausole vessatorie proprio le clausole riproduttive di disposizioni legislative o regolamentari, salvo che gli Stati membri non adottino una disciplina più severa. Tale eccezione riposta sull'assunto che le disposizioni di legge non contengano clausole vessatorie. Nell'ordinamento italiano l'eccezione in esame è stata riprodotta nel testo dell'art. 34 cod. cons. senza, tuttavia, recare alcun riferimento né alle disposizioni regolamentari né alle disposizioni imperative. Il successivo dibattito sulla portata interpretativa dell'art. 34 cod. cons. ha visto



3. – I principi interpretativi sin qui richiamati costituiscono ormai un patrimonio consolidato della giurisprudenza europea in materia di clausole abusive. Rimangono ancora, però, alcune rilevanti questioni aperte che stanno continuando a impegnare la Corte di Giustizia. In tempi recenti quest'ultima si è trovata più volte a riflettere su quale sia la sorte del contratto nei casi in cui non sia possibile procedere alla integrazione legale per mancanza di una disposizione suppletiva di diritto nazionale da inserire nel contratto. Si tratta di stabilire se vi siano – e quali siano – ulteriori tecniche idonee a consentire la conservazione del contratto al fine di scongiurare l'esito pregiudizievole della nullità totale.

Come conferma la decisione oggetto del presente commento, la Corte di Giustizia è tutt'oggi ferma nell'escludere il potere del giudice di "creare" egli stesso la regola idonea a integrare il contratto sulla base di una propria valutazione equitativa. Viene così ribadita, con fermezza, la sussistenza di un limite invalicabile per le operazioni di modifica contrattuale, giustificato alla luce della considerazione secondo cui una integrazione giudiziale sarebbe in palese contrasto con il principio di dissuasività di cui all'art. 7 della direttiva¹⁴.

Tale affermazione, tuttavia, non sembra precludere un'ulteriore strada interpretativa che, sia pure in maniera ancora embrionale, emerge sempre più spesso nelle decisioni della Corte. Si tratta di vagliare la possibilità che in mancanza in senso assoluto di una norma suppletiva di diritto nazionale ovvero in presenza di una norma suppletiva di diritto nazionale che, però, non assicuri un adeguato standard di protezione per il consumatore il giudice rimetta ai contraenti stessi la determinazione della clausola espunta dal contratto. Come è stato condivisibilmente osservato dalla Corte, se il giudice nazionale è tenuto ad adottare tutte le misure necessarie per tutelare il consumatore contro le conseguenze particolarmente dannose derivanti dalla caducazione di una clausola abusiva essenziale, allora, ben potrebbe rientrare tra queste misure anche il promuovere la elaborazione di una regola pattizia. Su cosa debba intendersi per regola pattizia e come questa possa operare il dibattito è ancora aperto e non privo di profili di criticità.

La decisione in esame contempla questa ulteriore tecnica di integrazione del contratto, ma si limita a prevedere che l'integrazione possa avvenire anche mediate «una disposizione individuata su accordo delle parti contraenti», senza approfondire ulteriormente il punto. Si tratta di stabilire se, così statuendo, la Corte abbia inteso fare riferimento a una vera e propria negoziazione tra le parti oppure a una forma di integrazione di stampo pur sempre legale, benché la scelta della disposizione da inserire sia effettuata concordemente dalle parti. A ben vedere, nessuna di tali alternative sembra del tutto convincente. L'apodittica affermazione secondo cui il contratto sarebbe integrabile anche con una disposizione «applicabile in caso di accordo fra le

scontrarsi diverse posizioni dottrinali e giurisprudenziali, anche se pare da condividere la tesi prevalente secondo la quale l'esclusione dal sindacato di vessatorietà deve essere interpretata in senso sostanziale, ossia deve essere riferita non solo alle norme imperative, ma anche alle norme suppletive, in coerenza con la ratio protettiva della direttiva. Sul punto v. G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996; A. SCARPELLO, *Contratti dei consumatori ed interpretazione del diritto privato comunitario: il caso della tutela inibitoria di clausole riprodotte di regolamenti nazionali*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, 1608 ss.; L. VALLE, *Giudizio di vessatorietà e clausole riprodotte di legge*, in *Contr. e impr.*, 2000, 774 ss.; S. MEUCCI, *Art. 34*, in *Codice del consumo*, in *Commentario*, a cura di G. Vettori, Padova, 2007, 341 ss.

¹⁴ È pur vero, però, che l'ordinamento tedesco conosce la figura della "ergänzende Vertragsauslegung", cioè di una tecnica di interpretazione integrativa del contratto, fondata sui §§ 157 e 306, comma 2, BGB, consistente nel potere del giudice di superare la lacuna contrattuale attraverso l'inserimento nel contratto di una regola che, ispirata a buona fede, realizzi l'equilibrio tra le parti. Cfr. H. KÖTZ, *Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung*, in *JuS*, 2013, 289 ss.; U. EHRLICHKE, *Zur Bedeutung der Privatautonomie bei der ergänzenden Vertragsauslegung*, in *RabelsZ*, 1996, 661 ss.; W. HENCKEL, *Die ergänzende Vertragsauslegung*, in *AcP*, 1960/1961, 106 ss.; C. HERRESTHAL, *Unionsrechtskonformität der ergänzenden Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB-Klauseln*, in *Neue juristische Wochenschrift*, 2021, 589 ss.; C. GRÜNEBERG, sub § 306 BGB, in *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 80a ed., München, 2021, n.m. 13.



parti del contratto»¹⁵ sembra alludere a una possibilità di deroga pattizia delle norme suppletive di diritto nazionale. Rientra, infatti, nell'autonomia negoziale dei privati la possibilità di conservare uno spazio di esercizio della medesima attraverso il rimodellamento del contenuto di una disposizione di legge suppletiva. Con la precisazione che in tanto è consentita una deroga alle disposizioni di diritto nazionale di natura suppletiva in quanto detta deroga sia frutto di un effettivo accordo tra entrambe le parti.

La descritta tecnica di integrazione, pur diversa da quella strettamente legale, consentirebbe di riconoscere un limitato spazio all'esercizio dell'autonomia negoziale privata soprattutto da parte del consumatore, il quale, verosimilmente, non ha partecipato alla definizione dei contenuti dell'originario testo contrattuale o non vi ha partecipato in maniera pienamente consapevole e libera. Stupisce, tuttavia, che nella decisione in esame la Corte di Giustizia non abbia esplicitamente fatto riferimento alla forma più intensa di integrazione pattizia, rappresentata dalla possibilità che il giudice rinvii le parti a un'apposita trattativa sulla lacuna contrattuale. Eppure, tale soluzione è stata già prefigurata nella sentenza sul caso *Banca B.* del 2020 e poi ribadita nella decisione ancor più recente del 27 aprile 2023 sul caso *MJ*¹⁶. In queste occasioni la Corte ha affidato a una vera e propria "trattativa" delle parti il compito di definire la nuova clausola, allo scopo di fissare nell'un caso il metodo di calcolo del tasso di interesse, nell'altro il tasso di cambio della valuta estera. È stato chiarito che le parti, tuttavia, non sono completamente libere di negoziare il contenuto della nuova clausola, ma, proprio al fine di scongiurare il rischio di ulteriori prevaricazioni da parte del professionista, la trattativa deve svolgersi nel rispetto di alcune coordinate di riferimento. Per un verso, il giudice deve determinare il quadro di tali trattative, in modo che queste siano condotte in conformità al sistema giuridico esistente. Per altro verso, il giudice deve assicurare che esse siano volte a stabilire tra i diritti e gli obblighi delle parti un equilibrio reale e coerente con la finalità protettiva sottesa alla direttiva 93/13/CEE.

Nella prospettiva della Corte di Giustizia, la regola pattizia, dunque, proprio perché frutto della negoziazione di entrambi i contraenti, dovrebbe essere idonea a riequilibrare il contratto in funzione conservativa, garantendo tanto l'effettività della protezione per il consumatore – il quale diviene parte attiva nella definizione del contenuto contrattuale – quanto la dissuasività della sanzione verso il professionista – il quale si trova vincolato a negoziare termini contrattuali equilibrati, il cui impatto sulla sua attività professionale è del tutto incerto.

La descritta tecnica di integrazione del contratto, come è evidente, è cosa diversa dalla possibilità per i privati di concordare una deroga a taluni profili di una norma suppletiva, costituendo espressione di un vero e proprio atto di esercizio di autonomia negoziale. Tuttavia, non ci si può esimere dall'interrogarsi sulla sua efficacia e idoneità a conservare il contratto a fronte di una obiezione che le può essere mossa. Non vi è chi non veda come il punto debole della tecnica di integrazione pattizia stia tutto nelle conseguenze pregiudizievoli che deriverebbero per il consumatore ove la negoziazione tra le parti fallisca ovvero il professionista si sottragga al relativo dovere¹⁷. È noto, infatti, il problema di come assicurare l'*enforcement* dell'obbligo di

¹⁵ Così Corte di Giustizia, 12 gennaio 2023, causa C-395/21, *D.V. c. M.A.*, cit. (parag. n. 60).

¹⁶ Cfr. Corte di Giustizia, 25 novembre 2020, causa C-269/19 *Banca B.*; Corte di Giustizia, 27 aprile 2023, causa C-705/21 *MJ*. Entrambe le sentenze sono reperibili su www.curia.europa.eu.

¹⁷ Per una riflessione critica sulla rinegoziazione si vedano e interessanti considerazioni di R. Alessi, *Il controllo di vessatorietà come banco di prova de l'rapporto autonomia privata/legge: il percorso accidentato della Corte di Giustizia*, in www.diritto.giustiziacostituzione.it, secondo la quale tale «principio, ne lmentre celebra Il primato dell'autonomia privata nel solco di Dziubak, lo smentisce, prospettando una trattativa iussu iudicis (...). per questa via si palesa il paradosso di una soluzione che intende tutelare il consumatore semplicemente restituendolo a quello scambio impropri che il controllo sulle clausole abusive dovrebbe correggere; uno scambio in esito al quale gli si prospetterà verosimilmente solo la possibilità di accettare un contratto diversamente squilibrato quale unica alternativa ad un fallimento della trattativa che lo esporrebbe alle medesime conseguenze della caducazione del contratto origi-



rinegoziazione. Nell'ordinamento italiano, pur essendo da tempo conosciuta la teoria della rinegoziazione fondata sulla valorizzazione della clausola generale della buona fede¹⁸, è ancora discusso il problema delle conseguenze dell'eventuale inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione. Tutto dipende da come quest'ultimo viene qualificato. Se si trattasse di un obbligo di contrarre, il consumatore fruirebbe di una tutela particolarmente rilevante, potendo domandare l'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 cod. civ. Se si trattasse di un obbligo di contrattare, il consumatore potrebbe domandare la risoluzione per inadempimento. Entrambi i descritti esiti interpretativi, tuttavia, presentano aspetti di criticità: il primo perché nasconde il rischio di attribuire al giudice un penetrante potere di sindacato sul contratto idoneo a determinare una sostanziale modificazione giudiziale del contratto, con conseguente frustrazione del monito della giurisprudenza europea; il secondo perché condurrebbe allo scioglimento del contratto, cioè, paradossalmente, al medesimo esito che la giurisprudenza europea mirava a evitare. È, però, vero che a ragionare nell'ottica dell'obbligo di contrattare si assicurerebbe una soluzione maggiormente equilibrata perché se è vero che il contratto viene meno per effetto della risoluzione per inadempimento, è anche vero che il consumatore non rimarrebbe del tutto privo di tutela, potendo far valere la responsabilità del professionista per inadempimento dell'obbligo di rinegoziazione sì da ottenere almeno il risarcimento del danno patito.

4. – Questione logicamente consecutiva rispetto all'emergere di una pluralità di strumenti di modificazione del contratto è quella relativa al *modus operandi* del giudice. Più precisamente, occorre chiedersi come si rapportino tra loro le varie tecniche di revisione contrattuale ammesse dalla Corte di Giustizia. Il che equivale a chiedersi quale sia l'estensione dei poteri del giudice nei contratti B2C in sede di post abusività.

Dall'analisi della giurisprudenza europea è possibile trarre una indicazione di ordine sistematico. Le molteplici tecniche di modificazione del contratto in sede di post abusività rimandano l'immagine di un sistema gerarchizzato che si fonda su due direttrici fondamentali. Si tratta di un sistema: (a) funzionale ad assicurare il più possibile la conservazione del contratto con finalità di riequilibrio delle posizioni contrattuali delle parti, allo scopo di evitare l'esito controfunzionale di una nullità totale; (b) ispirato a un principio di minima intrusione possibile del giudice nel regolamento contrattuale, al fine di non frustrare l'effetto dissuasivo da riconnettere al rimedio caducatorio, garantendo, nel contempo, la sua effettività. Ebbene, l'immagine che questo sistema restituisce è quella di una tutela a geometrie variabili, la cui cifra caratteristica è proprio la graduazione dei suoi effetti in funzione della massima protezione dell'interesse del consumatore.

Siffatto sistema di graduazione degli effetti dell'accertamento dell'abusività si articola secondo una logica

nario. Che rimedio al fallimento della trattativa o ad un secondo contratto *diversamente* sfavorevole al consumatore? La caducazione, conseguente alla ritenuta impossibilità di integrazione del contratto e dunque alla inevitabile nullità di questo, o comunque l'azzeramento dello scambio, è solo rinviata, a meno dell'accettazione di condizioni comunque non pariteticamente negoziate, o della meno probabile spontanea adesione delle parti (*rectius* della banca) ad una contrattazione equilibrata (non potendosi ascrivere al catalogo dei poteri del giudice chiamato a giudicare sull'esercizio autonomia privata più che una semplice raccomandazione per l'utilizzo di regole eque).

¹⁸ In tema v. *ex multis*: F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; V.M. CESARO, *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000; G. SICCHERO, voce *Rinegoziazione*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. Civ., agg., II, Torino, 2003, 1200 ss.; F. GAMBINO, voce *Rinegoziazione (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 2006, 1 ss.; C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, 155 ss.; GALLO, *Revisione e rinegoziazione del contratto*, in *Dig. civ., Aggiornamento*, Torino, 2011, 807 ss.; S. LANDINI, *Vincolatività dell'accordo e clausola di rinegoziazione. L'importanza della resilienza nelle relazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 2016, 182 ss.; E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018.



specifica. Dalla giurisprudenza europea, invero, è dato trarre un insieme di criteri gerarchicamente ordinati e ispirati ai predetti principi.

Nei casi più semplici, cioè quando la clausola abusiva non sia essenziale per il significato dell'operazione economica, l'obiettivo di un *enforcement* effettivo e dissuasivo della disciplina consumeristica può essere agevolmente raggiunto attraverso l'applicazione della lettera dell'art. 6, comma 1, della direttiva. La soluzione fisiologica, in altri termini, consiste nella mera disapplicazione della clausola abusiva affinché essa non produca effetti vincolanti per il consumatore. Per tale via, il contratto, depurato di quella pattuizione, può continuare a esistere e a consentire al consumatore di conseguire il bene o il servizio di cui ha bisogno in condizioni contrattuali non svantaggiose.

Di fuori da quest'ultima ipotesi, nei casi più complessi e, segnatamente, nei casi in cui il contratto non sia in grado di sopravvivere in mancanza della clausola essenziale dichiarata abusiva, si configura il rischio di una nullità totale a tutto svantaggio del consumatore, il quale potrebbe non essere in grado di dare corso ai conseguenti obblighi restitutori. Secondo i principi ormai consolidati della giurisprudenza europea, se il giudice deve adottare tutte le misure necessarie per proteggere il consumatore contro le conseguenze particolarmente sfavorevoli che potrebbero derivare dalla caducazione dell'intero contratto, allora, deve essere consentito colmare la lacuna contrattuale sopravvenuta. Tale opera di integrazione, tuttavia, non può avvenire con materiale di creazione prettamente giudiziale, stante il divieto generale per i giudici di modificare in maniera diretta il contratto; bensì dovrà avvenire nel rispetto del quadro normativo esistente. Tanto significa che il contratto può essere integrato con la disposizione di natura suppletiva di diritto nazionale, cioè con quella stessa disposizione la cui deroga unilateralmente imposta dal professionista a tutto svantaggio del consumatore concretizza il carattere abusivo della clausola.

Non sempre, tuttavia, è reperibile nel sistema una disposizione suppletiva idonea a integrare il contratto, così come può accadere che una disposizione suppletiva vi sia, ma non garantisca uno standard di tutela adeguato per il consumatore in relazione a una certa categoria contrattuale. Lo si è ben visto nel caso in esame: l'integrazione della clausola relativa al prezzo in tanto è possibile in quanto vi sia una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva che consenta di stabilire il compenso per il servizio reso dal professionista, purché detta disposizione sia applicabile specificamente ai contratti conclusi tra professionista e consumatore e non sia eccessivamente generica. L'integrazione, inoltre, va esclusa se la disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva consente al professionista di reclamare un compenso ingiustificatamente gravoso per il consumatore che non tenga conto del fatto che si tratta di un rapporto B2C. In casi come questi, fermo restando il divieto di integrazione giudiziale, non rimane che la strada dell'esercizio dell'autonomia privata dei contraenti. Anche tale tecnica integrativa conosce alcune forme di graduazione dei propri effetti: accanto alla possibilità, più semplice, che la lacuna venga colmata dalla disposizione individuata su accordo delle parti, si contempla la strada più complessa di affidare alle parti un dovere di (ri)negoziiazione volto a produrre la regola pattizia più adatta.

Dunque, anche il rapporto tra integrazione legale e integrazione pattizia non si pone in termini di alternative lasciata alla discrezionalità del giudice o delle parti; al contrario, va inteso in termini propriamente gerarchici. La trattativa tra professionista e consumatore, pur essendo soluzione di *extrema ratio*, concorre a disegnare un sistema rimediale in cui la nullità totale del contratto non costituisce la conseguenza necessaria della disapplicazione della clausola abusiva essenziale, ma contribuisce alla configurazione di un binomio – quello tra nullità parziale e integrazione – idoneo a conservare il contratto secondo un nuovo ed equo equilibrio contrattuale. Ciò a condizione che l'esercizio dell'autonomia privata avvenga conformemente alle direttive definite dal giudice.



JUS CIVILE

Come si è cercato di evidenziare, il descritto sistema di salvataggio della validità del contratto non va certo esente da profili di criticità, il cui superamento impegnerà gli interpreti nei prossimi anni. Nel suo complesso, tuttavia, sembra offrire una tutela modulabile in funzione delle caratteristiche e specificità del singolo caso. La soluzione così sartorialmente ritagliata, nel contempo, risulta del tutto coerente con i principi della direttiva 1993/13/CEE, garantendo una tutela effettiva, dissuasiva e proporzionata.