



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

DOTTORATO DI RICERCA IN
SCIENZE GIURIDICHE

CICLO XXXI

COORDINATORE Prof. Alessandro Simoni

POTERI DEL GIUDICE E NULLITÀ DI PROTEZIONE

Settore Scientifico Disciplinare IUS/01

Dottorando

Dott. Sartoris Chiara

Tutore

Prof. Passagnoli Giovanni

Coordinatore

Prof. Simoni Alessandro

Anni 2015/2018

INDICE

Introduzione	VI
--------------------	----

CAPITOLO I

CLAUSOLE ABUSIVE NEI CONTRATTI DEI CONSUMATORI E CONTROLLO GIUDIZIALE

1. Il problema dei poteri del giudice nei contratti dei consumatori in presenza di clausole abusive	1
2. Una premessa necessaria. La rilevabilità d'ufficio della abusività di una clausola contrattuale nella disciplina europea	8
3. La posizione della giurisprudenza di legittimità in tema di rilievo d'ufficio delle nullità di protezione	15
3.1 (segue) Le questioni giuridiche lasciate aperte dalle sentenze delle Sezioni Unite del 2014	26
3.2 Una nuova frontiera di indagine: riflessione sull'uso “selettivo” della nullità	34
4. Il problema degli effetti della caducazione di clausole abusive essenziali: la gestione della lacuna contrattuale sopravvenuta	39
4.1 I recenti orientamenti della Corte di Giustizia: criticità e questioni interpretative	40

4.2 Indagine sulla essenzialità della clausola abusiva nella dottrina e nella giurisprudenza italiane	47
4.3 (segue) L'accertamento della vessatorietà: in particolare, il problema delle clausole c.d. principali	53
5. La discutibile tesi della nullità totale del contratto e il problema della sua compatibilità con la disciplina europea	57
6. Analisi delle principali fattispecie interessate da fenomeni di integrazione o correzione: a livello normativo	65
6.1 (segue) A livello giurisprudenziale	71

CAPITOLO II

IL SISTEMA DI DISCIPLINA DELLE LACUNE CONTRATTUALI CONSEQUENTI ALLA CADUCAZIONE DELLA CLAUSOLA ABUSIVA

Sezione prima

Quadro normativo interno e prospettiva eurounitaria.

Parte prima.

Dalla inefficacia parziale alla nullità parziale necessaria.

1. Inquadramento sistematico della disciplina delle clausole abusive. Una premessa	79
1.1 (segue) Il paradigma delle nullità di protezione	83
2. Raffronto con altri ordinamenti europei: la <i>nullità relative</i> e la recente riforma del diritto	

contrattuale francese	94
2.1 (segue) La nullità nel sistema tedesco	100
3. Il profilo funzionale della nullità di protezione: da rimedio di fattispecie a rimedio conformativo	104
4. La parzialità necessaria della nullità di cui all'art. 36 cod. cons.: riflessioni sui concetti di parzialità del rimedio e di conservazione del contratto	110
5. Parzialità e integrazione del contratto	122
6. La nullità di protezione come strumento di riequilibrio del contratto	131
7. Squilibrio (economico) e indagine sul giudizio di meritevolezza della clausola	134

Parte seconda

Il contesto assiologico del sistema eurounitario di tutela del consumatore

1. Premessa. Necessità dell'analisi dei principi fondamentali del sistema eurounitario in tema di tutela del consumatore contro le clausole abusive	141
2. Il principio di effettività della tutela	143
3. Il principio di proporzionalità	146
4. La buona fede contrattuale	154

Sezione seconda

Nullità di protezione e tecniche di intervento integrativo e/o correttivo sul contratto privato di una clausola abusiva essenziale

1. Indagine sulla conformità con i principi eurounitari e nazionali dei rimedi prospettabili contro le clausole abusive. Riflessioni sul rapporto tra autonomia privata e giustizia contrattuale	161
2. La tecnica della sostituzione automatica di norme imperative	168
3. Ipotizzabilità di un meccanismo di sostituzione delle clausole abusive con la disciplina dispositiva	171
4. La valorizzazione della buona fede e la possibile rinegoziazione della clausola abusiva	180
5. Il meccanismo della integrazione correttiva del giudice	191
5.1 (segue) Analisi degli argomenti a favore dell'intervento integrativo giudiziale	192
5.2 (segue) Criticità della tecnica integrativa giudiziale. Rinvio	203
6. Eterointegrazione delegata ad altra autorità: il tema dei poteri delle Autorità amministrative indipendenti	206

CAPITOLO III

RIFLESSIONI SUI RIMEDI INVOCABILI A TUTELA DEL CONSUMATORE IN OTTICA EUROUNITARIA

1. Conservazione del contratto e possibile concorso graduato tra più strumenti modificativi	211
1.1 I margini di operatività dell'intervento integrativo-correttivo del giudice alla luce dell'attuale contesto normativo e giurisprudenziale	219
1.2 Il diverso ruolo della buona fede e della equità nell'operazione di interpolazione del contratto per mano del giudice	230
1.3 (segue) L'equità nel codice del consumo: un diritto fondamentale del consumatore	240
1.4 Ipotizzabilità di un concorso tra tecniche integrativo-correttive	248
2. Ricerca di un fondamento normativo dei meccanismi di integrazione-correzione nei casi di nullità (di protezione) di clausole essenziali	253
2.1 Indagine sulla portata dell'art. 1374 c.c.: la riespansione della regola legale	265
2.2 (segue) I rapporti tra la fonte legale <i>ex art.</i> 1374 c.c. e la buona fede <i>ex art.</i> 1375 c.c.	274
2.3 (segue) Gli usi e l'equità quali fonti integrative sussidiarie	281
3. La prospettazione di una gerarchia di rimedi integrativo-correttivi contro le clausole abusive fondata sull'art. 1374 c.c.	286
4. Riflessione sulla esperibilità del rimedio risarcitorio	291
5. Ricostruzione evolutiva del rapporto tra potere del giudice e contratto affetto da nullità di protezione	296
BIBLIOGRAFIA	306

INTRODUZIONE

Il presente lavoro si propone di indagare il delicato rapporto che intercorre tra l'attività del giudice e l'autonomia privata, nel particolare caso in cui il contratto concluso dal consumatore rechi la previsione di una clausola nulla in quanto abusiva.

La materia dei contratti del consumatore offre, infatti, ancora una volta, una interessante occasione di riflessione per comprendere fino a che punto possa spingersi il potere del giudice di proteggere il contraente debole, quando una o più pattuizioni rappresentino l'espressione di un abuso di forza da parte del professionista.

Nonostante l'art. 36 cod. cons., in linea con la Direttiva n. 93/13/CE, contempra il rimedio della nullità parziale necessaria, ci è parso opportuno non limitarsi ad analizzare le caratteristiche di questa peculiare forma di nullità, ma si è tentato di andare oltre, mossi dall'intento di verificare se tale rimedio possa dirsi sempre in grado di offrire una tutela effettiva per la parte debole.

A ben guardare, se si ragiona alla luce del principio eurounitario da ultimo evocato, come la stessa Corte di Giustizia prescrive, ci si accorge che un sistema di soppressione delle clausole abusive "in negativo" non appare sempre in grado di realizzare efficacemente quell'obiettivo di protezione.

L'esigenza di effettività delle tutele imporrebbe all'interprete di non limitarsi a dichiarare la nullità della singola clausola abusiva e di valutare, in relazione alle caratteristiche del caso concreto, quali siano le conseguenze del vuoto contrattuale determinato dalla eliminazione di quella.

Il problema si presenta in termini particolarmente delicati soprattutto quando il giudizio di abusività colpisca un gran numero di clausole contrattuali ovvero quando riguardi la pattuizione di un elemento essenziale per la logica dell'operazione economica, come quella che individua l'oggetto del contratto o quella che determina il prezzo del bene o del servizio.

In questi casi, la semplice caducazione della clausola abusiva non sembra offrire sempre una tutela appagante per il consumatore, in quanto il rischio è che la nullità parziale necessaria si estenda a contagiare l'intero contratto; il quale, una volta privato della pattuizione essenziale, non è più in grado di funzionare correttamente.

Da qui, deriva l'esigenza, da più parti segnalata, tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, di indagare di quali poteri disponga il giudice per colmare la lacuna contrattuale conseguente alla dichiarazione di nullità di una clausola essenziale.

Tale indagine ci sembra si imponga nella consapevolezza che, diversamente ragionando, il consumatore si troverebbe nell'alternativa tra sottostare a un regolamento pregiudizievole, in quanto frutto dell'abuso dell'altrui libertà contrattuale, ovvero, subire la nullità totale del contratto. È evidente come, in quest'ultimo caso, la parte debole non solo perderebbe lo strumento giuridico necessario a conseguire il bene o il servizio di cui abbisogna, ma dovrebbe dare corso anche ai conseguenti obblighi restitutori.

D'altra parte l'esposto problema, lungi dal poter essere considerato un problema meramente teorico, presenta evidenti ricadute applicative, amplificate, oltretutto, da quella giurisprudenza, europea e, oggi, anche nazionale, che estende il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità pure alla ipotesi di nullità di protezione della clausola del contratto impugnato. In questo contesto, nei casi esaminati, il consumatore, il quale non intenda proporre opposizione, rischierebbe di ottenere una sentenza di nullità che, lungi dal restare circoscritta alla singola clausola, finirebbe per propagarsi all'intero contratto, quante volte l'abuso di potere contrattuale abbia colpito un aspetto essenziale del regolamento.

La questione, non a caso, si è già posta all'attenzione della giurisprudenza in svariati contesti, non solo nell'ambito della contrattazione asimmetrica: dalla disciplina degli affitti di fondi rustici, alla disciplina del diritto d'uso degli spazi a parcheggio; dalla materia dei rapporti di lavoro subordinato, alla materia dell'abuso di dipendenza economica.

A maggior ragione, allora, il tema si pone per i contratti del consumatore, dove la presenza di una asimmetria di posizioni è strutturale e impone di garantire la protezione del contraente debole.

Non a caso, particolarmente significativa si rivela l'analisi delle decisioni dell'Arbitro bancario finanziario, il quale, prima ancora dei giudici, si è trovato spesso a confrontarsi con il problema della sorte del contratto di finanziamento da cui sia stata eliminata una clausola abusiva, offrendo soluzioni tendenzialmente favorevoli a un intervento modificativo del contratto.

A fronte di un quadro normativo incompleto o poco chiaro, sotto il profilo in esame, è compito della dottrina e della giurisprudenza individuare i criteri più idonei a garantire la conservazione del contratto privato di una clausola abusiva essenziale.

Per tale via, il tradizionale tema della integrazione del contratto si viene a intrecciare, in modo inedito, alla nuova figura della nullità di protezione, all'insegna dell'obiettivo di

conformare, in funzione conservativa, il regolamento di interessi.

Dopo aver ricostruito le caratteristiche e la disciplina della nullità di protezione di cui all'art. 36 cod. cons., il presente lavoro si concentra, dunque, sull'analisi dei possibili strumenti di modificazione del contratto, nella consapevolezza che questi ultimi, nell'ambito della contrattazione asimmetrica, vadano concepiti come un aspetto indefettibile e di completamento del rimedio caducatorio.

Sicché, questa ci appare la cifra più significativa dell'attuale stadio di evoluzione dell'istituto della nullità di protezione.

Se quanto finora esposto trova riscontri piuttosto condivisi in larga parte della dottrina, maggiori divisioni si riscontrano quanto all'esatta definizione del potere di intervento del giudice sul regolamento affetto da nullità di protezione.

Le tecniche modificative astrattamente prospettabili sono di vario genere e vanno dalla mera sostituzione della norma imperativa violata, alla riespansione della regola di diritto dispositivo ovvero dalla previsione di un generale obbligo di rinegoziazione a carico delle parti, fino alla possibilità di una correzione per mano giudiziale.

Ciascuno degli strumenti modificativi prospettati pone, evidentemente, problemi diversi in ordine all'intensità del sindacato giudiziale, poiché un conto è l'inserzione, quasi chirurgica, nel contratto della norma violata o abusivamente derogata; altro conto è demandare alle parti o, addirittura, al giudice la determinazione della regola idonea a colmare la lacuna.

La delicatezza del problema ci sembra imponga di non poter escludere, aprioristicamente, nessuno degli strumenti menzionati, ferma restando la necessità di approfondire con particolare attenzione il tema della eterointegrazione del contratto per mano del giudice. È, evidentemente, quest'ultima la soluzione che appare, da un lato, la più efficace rispetto alle istanze di protezione della parte debole, ma, dall'altro, senz'altro, la più critica sotto il profilo del rapporto con il principio dell'autonomia privata.

Il presente studio, pertanto, prosegue lungo due direttrici parallele.

Da un lato, si rende necessario analizzare le ragioni che possono essere evocate a fondamento dell'ammissibilità della integrazione giudiziale del contratto, soffermandosi, in particolare, sui criteri e sui limiti di esercizio di siffatto potere.

Dall'altro, si tenta di prospettare una ricostruzione fondata su un concorso graduato tra più rimedi, così da direzionare la "scelta" del giudice sul quomodo dell'interpolazione del contratto, limitando, il più possibile, i rischi di arbitri giudiziari.

Tutto ciò nel tentativo di assicurare l'attuazione di quel principio eurounitario di effettività delle tutele, che impone di progettare rimedi "cuciti", quasi sartorialmente, sulle istanze di

protezione poste dal caso concreto.

In questa prospettiva, il bilanciamento tra le contrapposte esigenze di preservare, il più possibile, la volontà privata estrinsecatasi nel contratto e di garantire la conservazione di questo inducono a guardare al codice civile, nella ricerca di un fondamento normativo per la soluzione prospettata. Si ritiene che quest'ultimo possa essere ravvisato nel dettato dell'art. 1374 c.c., il quale fornisce un elenco di fonti di integrazione del contratto, ordinate secondo un principio di gerarchia, in linea con l'esigenza di preservare la volontà privata.

Per tale via, si offrirebbe la possibilità di assicurare la sopravvivenza del contratto anche nei limitati, ma rilevanti casi in cui non vi sia una regola legale da “iniettare” o far riespandere nel regolamento ovvero quando non sia possibile o non dia buon esito l'attività di rinegoziazione rimessa ai privati.

In definitiva, alla luce dell'indagine svolta, ci si propone di dimostrare che, per il problema in esame, non è possibile prospettare uno schema di soluzione astratto e valido, in via generale, in ogni situazione. Tutto al contrario, gli effetti della nullità di protezione ci appaiono variegati e diversificati in relazione alle specificità del caso concreto e degli interessi in gioco. Ne deriva, dunque, la prospettazione di un rimedio a effetti necessariamente graduati, coerente con l'esigenza di strumenti di tutela flessibili e a geometrie variabili.

La soluzione alla questione specifica oggetto della presente indagine conduce, così, a riflettere sull'attuale portata del sindacato giudiziale sul negozio, nella consapevolezza, ineludibile, che la disciplina del contratto affetto da nullità di protezione costituisce uno dei più significativi esempi della mutata concezione dell'autonomia privata, di fronte al proliferare di molteplici e sempre più rilevanti interessi meritevoli di tutela.

L'atto di autonomia privata non è concepibile, esclusivamente, come una manifestazione della volontà dei contraenti, ma costituisce, sempre di più, il frutto di un concorso tra fonti eteronome, nell'esigenza di imporre limiti e controlli alla prima, necessari per il perseguimento di finalità ulteriori. In particolare, al fine di garantire che la contrattazione, soprattutto quella asimmetrica, si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, in attuazione del principio di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost..

Ciò nella convinzione che solo un contratto “giusto”, in quanto proporzionato e rispettoso dei diritti di entrambe le parti, può garantire un corretto ed efficiente funzionamento del mercato.

CAPITOLO I

CLAUSOLE ABUSIVE NEI CONTRATTI DEI CONSUMATORI E CONTROLLO GIUDIZIALE

1. Il problema dei poteri del giudice nei contratti dei consumatori in presenza di clausole abusive. 2. Una premessa necessaria: la rilevabilità d'ufficio della abusività di una clausola contrattuale nella disciplina europea. 3. La posizione della giurisprudenza di legittimità in tema di rilievo d'ufficio delle nullità di protezione. 3.1 (segue) Le questioni giuridiche lasciate aperte dalle sentenze delle Sezioni Unite del 2014. 3.2 Una nuova frontiera di indagine: riflessione sull'uso "selettivo" della nullità. 4. Il problema degli effetti della caducazione di clausole abusive essenziali: la gestione della lacuna contrattuale sopravvenuta. 4.1 I recenti orientamenti della Corte di Giustizia: criticità e questioni interpretative. 4.2 Indagine sulla essenzialità della clausola abusiva nella dottrina e nella giurisprudenza italiane. 4.3 (segue) L'accertamento della vessatorietà: in particolare, il problema delle clausole c.d. principali. 5. La discutibile tesi della nullità totale del contratto e il problema della sua compatibilità con la disciplina europea. 6. Analisi delle principali fattispecie interessate da fenomeni di integrazione o correzione: a livello normativo. 6.1 (segue) A livello giurisprudenziale.

1. Il problema dei poteri del giudice nei contratti dei consumatori in presenza di clausole contrattuali abusive.

Oggetto di indagine del presente lavoro è la individuazione degli strumenti attraverso i quali il giudice possa assicurare una tutela effettiva al consumatore che abbia stipulato un contratto recante una clausola essenziale abusiva.

Se la caducazione della clausola vessatoria rappresenta la prima ed essenziale reazione

ordinamentale che colpisce il contratto squilibrato in danno del consumatore, non appare chiaro quale sia, effettivamente, la sorte di quel contratto una volta che si sia formata la conseguente lacuna.

Molteplici sono, nella prassi contrattuale, le situazioni abusive in danno dei consumatori registrate dalla giurisprudenza nazionale ed europea; esse possono derivare tanto dalla presenza materiale, nel contratto, di condizioni inique, quanto dalle imprecisioni con cui vengono redatte certe clausole, nonché dalle omissioni del regolamento contrattuale stesso su alcuni elementi rilevanti per la prestazione del consenso. In tutti questi casi, l'effetto che produce la clausola abusiva è quello di provocare uno squilibrio nell'assetto del rapporto contrattuale.

I contratti tra professionista e consumatore si configurano, infatti, come rapporti asimmetrici, in quanto caratterizzati da parti dotate di una diversa forza negoziale, che si ripercuote sulla contrattazione. Attualmente, la principale forma di asimmetria che la giurisprudenza riscontra nei contratti in esame è quella collegata alla mancanza di informazioni chiare e/o complete sul regolamento; ma, come detto, molteplici possono essere le forme in cui si manifesta la posizione di forza del contraente professionista.

L'asimmetria di questi rapporti è, dunque, determinata da una patologia sociale, la diversa forza contrattuale (economica, sociale o informativa), che si traduce in un'alterazione del processo di formazione della volontà della parte che si trova in una situazione di debolezza strutturale, di cui l'altra parte si avvantaggia.

Se il contratto, in una chiave di lettura economica del diritto¹, dovrebbe essere il luogo di composizione del conflitto tra gli interessi contrapposti dei contraenti, rispecchiandone le rispettive preferenze, nei contratti asimmetrici, invece, questo punto di equilibrio non viene autonomamente raggiunto dalle parti. Il contraente debole è, difatti, nella impossibilità di esprimere una reale preferenza rispetto al regolamento contrattuale che va a stipulare. L'ingiustizia procedurale in cui si svolge la contrattazione finisce, così, per dar luogo a una ingiustizia sostanziale, poiché il contratto nasce squilibrato sotto il profilo normativo.

Come nella maggior parte degli Stati membri, anche nell'ordinamento italiano il sistema di soppressione delle clausole abusive, è un sistema “negativo”, diretto, cioè, a depurare il contratto della clausola fonte di pregiudizio per la parte debole, inibendo al contraente forte la possibilità di continuare a utilizzare la medesima.

La Corte di Giustizia ritiene, tradizionalmente, che la caducazione della clausola abusiva

¹ Cfr. R. PARDOLESI, A. PACCES, *Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alla ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina*, in AA.VV., *Diritto privato. Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, 1997, p. 377 ss..

sia il rimedio più idoneo a tutelare il consumatore. Anzi, al giudice nazionale viene fatto divieto di rivedere il contenuto della clausola abusiva, al fine di non compromettere la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine sancito dall'art. 7 della Direttiva 93/13/CEE: ossia dissuadere il professionista dall'inserire pattuizioni vessatorie per il consumatore nei contratti stipulati².

Questa impostazione, tuttavia, non appare sempre persuasiva. Vi è da chiedersi se davvero la mera caducazione di una clausola abusiva sia da sola misura idonea a produrre il suddetto effetto dissuasivo sul professionista o se, in taluni casi, occorra un *quid pluris*.

A ben guardare, talvolta, si impone all'interprete un compito ulteriore: non limitarsi a dichiarare la nullità della clausola abusiva, ma valutare, in relazione ai singoli casi concreti, quali siano le conseguenze del vuoto contrattuale sopravvenuto.

Può accadere, infatti, che la nullità di protezione non sia sempre in grado di realizzare efficacemente l'obiettivo della tutela della parte debole, come nei casi in cui l'eliminazione della singola clausola pregiudichi l'interesse del consumatore a ottenere la prestazione del professionista.

Il problema della effettività della protezione del consumatore, di fronte a un contratto caratterizzato da squilibrio normativo, si pone in quanto manca del tutto, nella disciplina europea e in quella nazionale, una regola *ad hoc* che prenda in considerazione il tema degli effetti della nullità di protezione.

La Direttiva comunitaria 93/13/CEE, concernente le «*Clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*», all'art 6, parag. 1, si limita a stabilire che «*Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato tra un consumatore e un professionista non vincolano il consumatore*»; ne consegue che «*il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso non possa sussistere senza le clausole abusive*». Così statuendo, il legislatore europeo ha ritenuto di prevedere una normativa idonea ad assicurare quell'«*elevato livello di protezione dei consumatori*» richiesto

² Si vedano le parole pronunciate dalla Corte di Giustizia nell'ambito della causa relativa al caso *Banco Espanol de crédito* (Corte di Giustizia, 14 giugno 2012, causa C-618/2010, *Banco Espanol de Crédito*): il divieto imposto al giudice di rivedere il contenuto della clausola abusiva troverebbe giustificazione nella considerazione che, diversamente ragionando, i professionisti «(...) 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». A commento di questa giurisprudenza europea, si vedano le considerazioni di P. SIRENA, *La disciplina delle clausole contrattuali abusive nell'interpretazione della giurisprudenza e dell'arbitro bancario finanziario (ABF)*, in *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, a cura di A. Bellelli, L. Mezzasoma, F. Rizzo, Napoli, 2014, p. 69, il quale osserva che, alla luce di tale impostazione, si desume che «l'eliminazione della clausola abusiva non sarebbe finalizzata a predisporre un regolamento equilibrato degli interessi delle parti contraenti, bensì a squilibrarlo all'inverso, per così dire, ossia nell'interesse unilaterale del consumatore».

sia dall'art. 38 della Carta di Nizza, sia dall'art. 169 TFUE³.

Anche l'ultima Direttiva sui diritti dei consumatori 2011/83/CEE, che pure sembra intraprendere la strada della armonizzazione massima degli ordinamenti, continua a demandare agli Stati membri la previsione di rimedi efficaci contro la violazione delle sue regole, limitandosi a richiedere di individuare «*sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive*».

Niente, dunque, viene stabilito quando la nullità colpisca una clausola oggettivamente essenziale per l'esistenza del contratto, come quella relativa alla determinazione del prezzo del bene o del servizio richiesto dal consumatore ovvero quella afferente all'oggetto ovvero alla qualificazione causale dell'operazione negoziale. In tal caso – lo si ribadisce – la nullità della singola clausola o addirittura dell'intero contratto non sono certo in grado di tutelare efficacemente l'interesse del consumatore.

Il problema si ripresenta nei medesimi termini spostando l'attenzione sul piano del diritto interno. L'art 36 del codice del consumo, nel modificare l'originaria disciplina codicistica di recepimento della Direttiva 93/13/CEE⁴, sanziona la vessatorietà con la nullità della singola

³ Si ricorda che tutti gli Stati membri hanno optato per un sistema giudiziario, anziché amministrativo, di soppressione delle clausole abusive. L'obiettivo fissato dalla Direttiva viene, però, realizzato da ciascuno Stato, secondo il rispettivo diverso regime giuridico. Le sanzioni civili, pertanto, variano tra l'inesistenza, la nullità, l'annullabilità, l'inefficacia e l'inapplicabilità delle clausole abusive. Alcuni sistemi nazionali, inoltre, come i Paesi nordici e il Regno Unito, hanno previsto anche strumenti diretti a favorire il negoziato diretto nei confronti dei professionisti e delle associazioni di professionisti, affinché la parte forte del contratto venga persuasa ad apportare le modifiche necessarie a eliminare i possibili profili di abusività delle pattuizioni inserite nel regolamento contrattuale. Per un approfondimento sui temi concernenti l'applicazione della direttiva n. 93/13/CEE, si veda la *Relazione della Commissione delle Comunità Europee* del 27 aprile 2000.

⁴ In un primo momento, la Direttiva n. 93/13/CEE è stata recepita dal nostro ordinamento con la legge n. 52/1996, che ha introdotto la disciplina dei contratti del consumatore all'interno del codice civile, agli artt. 1469 *bis* - 1469 *sexies*. La Direttiva aveva lasciato ai legislatori nazionali la scelta dei congegni tecnico-giuridici attraverso i quali rendere non vincolanti, per i consumatori, le clausole abusive. A riguardo, il nostro legislatore, con l'art. 1469 *quinquies* c.c., ha sanzionato la vessatorietà con una figura di inefficacia dotata di caratteri particolari. La disposizione stabiliva che «Le clausole considerate vessatorie (...) sono inefficaci mentre il contratto rimane valido per il resto»; il terzo comma aggiungeva poi che «L'inefficacia opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice». La sanzione contro la vessatorietà è stata così qualificata in termini di inefficacia, una scelta ambigua e generica, atteso che si tratta di un concetto eterogeneo, il quale, più che individuare una categoria di vizio, una causa, si limita a prendere in considerazione il profilo delle conseguenze di una certa fattispecie. Tanto è vero che, all'indomani del recepimento della Direttiva, si è sviluppato, in dottrina, un intenso dibattito in ordine alla individuazione della corretta veste giuridica da assegnare all'inefficacia *ex art. 1469 quinquies*. Tra i primi studi si ricordano: M. NUZZO, *Art. 1469-quinquies. Inefficacia*, in C.M. Bianca e F.D. Busnelli (a cura di), *Commentario al capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1997, p. 1219; G. ALPA, S. PATTI (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, *Commentario agli artt. 1469-bis, 1469-sexies*, Milano, 1997, p. 1079; A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 412 ss.; S. MONTICELLI, *Dalla inefficacia delle clausole vessatorie alla nullità del contratto (Note a margine dell'art. 1469 quinquies, comma 1 e 3, c.c.)*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 565 ss.; S. RODOTÀ, *Tendenze evolutive della tutela del consumatore*, Napoli, 1998; G. PASSAGNOLI, *Commento all'art. 1469-quinquies, comma 1, 3 e 5*, in G. Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, p. 158 ss.; L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004. Parte della dottrina ha qualificato il rimedio dell'art. 1469 *quinquies* come inefficacia in senso stretto (così G. DE NOVA, *Le clausole vessatorie*, Milano, 1996, p. 41 ss.; U. MORELLO, *Clausole vessatorie abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Not.*, 1996, p. 293 ss.; G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole*

clausola del contratto, il quale “*resta valido per il resto*”. In tal modo, il legislatore ha scelto di formalizzare la regola della c.d. nullità parziale necessaria⁵, a protezione della parte debole del rapporto.

La conservazione⁶ del contratto depurato della clausola nulla mira, infatti, a svolgere una funzione di riequilibrio a favore del singolo contraente svantaggiato.

Ma anche la disciplina nazionale *ex art 36 cod. cons.* pone il problema delle conseguenze della declaratoria di nullità della clausola vessatoria, soprattutto se essenziale: in tal caso, difatti, ci pare insoddisfacente, nell'ottica della protezione del consumatore, la mera previsione della eliminazione della clausola vessatoria, ponendosi il conseguenziale problema

vessatorie nei contratti dei consumatori, in *Foro it.*, 1996, V, c. 156). Ma la dottrina prevalente tendeva a qualificare il rimedio in esame in termini di nullità in quanto il contratto nasce viziato nel suo contenuto, essendo concluso tra soggetti in posizione diseguale. Il contratto è ritenuto nullo come atto, in quanto squilibrato. In questa prospettiva, la sanzione della inefficacia è stata vista come la conseguenza della nullità dell'atto negoziale. In questo senso: G. CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (titolo II, libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, p. 417 ss.; U. RUFFOLO, *Clausole vessatorie e abusive*, Milano, 1997, p. 73 ss.; L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei “contratti del consumatore” nel sistema del codice civile*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. III, *Diritto Privato, Obbligazioni e contratti*, Milano, 1998, p. 541 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1998, p. 173 ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 79 ss.. Questi ultimi studi hanno influenzato profondamente la nuova formulazione del rimedio contenuta nell'art. 36 del codice del consumo, in cui lo si qualifica espressamente come nullità e, segnatamente, come “nullità di protezione”.

⁵ Un'esigenza di riordino della materia dei contratti di consumo, unita alla necessità di superare le inadeguatezze delle tutele codicistiche, hanno indotto il legislatore a far traslare la disciplina introdotta al Capo XIV del codice civile all'interno di un testo normativo *ad hoc*, il codice del consumo, contenuto nel d.lgs. 206/2005. La disciplina consumeristica si caratterizza per il fatto che essa è data dalla commistione tra norme pubblicistiche e norme privatistiche, poiché la tutela del consumatore è affidata tanto a norme di diritto privato, come quelle in tema di invalidità, tanto a norme di diritto pubblico, come l'art. 37 *bis* che introduce un meccanismo di *public enforcement*, attribuendo a una Autorità amministrativa indipendente *ad hoc* il compito di controllare e reprimere i comportamenti scorretti dei professionisti. Questa eterogeneità delle norme che regolano le forme di tutela del consumatore è espressione di una doppia finalità della disciplina in esame: tutelare le posizioni privatistiche dei soggetti consumatori e tutelare interessi di carattere generale, fruibili dalla collettività, sul piano della concorrenza, dello sviluppo economico e della equità delle transazioni (per un commento sulla nuova normativa, si vedano, tra gli altri: G. DE CRISTOFARO, *Il “Codice del consumo”*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, p. 780 ss.; R. CALVO, *Il codice del consumo tra “consolidazione” di leggi e autonomia privata*, in *Contr. e impr./Europa*, 2006, p. 81 ss.).

Questo stesso carattere bifasico della disciplina si riflette sulla nozione di nullità di protezione, quale strumento di tutela privatistica del consumatore. In particolare, gli artt. 33-36 cod. cons. sono stati deputati a disegnare un nuovo modello di nullità, la nullità di protezione, appunto, così definita dalla stessa rubrica dell'art. 36 cod. cons.. La nullità del codice di consumo costituisce la sanzione che il nostro ordinamento ha approntato contro la pattuizione di clausole vessatorie nei contratti conclusi tra professionista e consumatore. Il rimedio in esame si atteggia come una invalidità, poiché deriva dalla violazione di norme poste a tutela di un interesse di carattere generale; e nel contempo, esso si qualifica come invalidità “di protezione” perché tutela, altresì, l'interesse della parte debole, che coincide con l'interesse generale.

Come la nullità codicistica, anche la nullità di protezione si caratterizza per essere una invalidità di tipo testuale, ma, diversamente dalla prima, essa è connotata da almeno due elementi peculiari: da un lato, la parzialità necessaria, ai sensi del comma 1, art. 36; dall'altro, la relatività, ai sensi del comma 3, art. 36. La nullità di protezione è caratterizzata da parzialità perché essa colpisce le sole clausole vessatorie, con conservazione del resto del negozio, in deroga alla regola dall'art. 1419 c.c., relativo alla fattispecie di nullità eventualmente parziale. Tale nullità si caratterizza poi per la relatività della legittimazione a farla valere, operando a vantaggio del solo consumatore. Inoltre, un'altra peculiarità della figura in esame riguarda l'esimente desumibile dal combinato disposto degli artt. 36 e 34 cod. cons.: diversamente dalla nullità codicistica, che è sempre e solo attizia, la nullità di protezione presenta una contaminazione con un profilo

di come assicurare la sopravvivenza del contratto quando questo non possa mantenersi in piedi in mancanza di quella clausola.

Si tratta, dunque, di stabilire se, nella prospettiva di tutelare la parte debole, sia possibile, e in che modo, modificare il contratto per garantirne la conservazione.

Il punto è estremamente dibattuto, tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, poiché va a intaccare il fondamento stesso della disciplina del contratto, riguardando la possibilità di sottoporre a sindacato la esplicazione della autonomia negoziale delle parti.

La questione risulta particolarmente delicata quando si considera la possibilità di consentire una integrazione giudiziale del contratto, riconoscendo al giudice stesso il potere di determinare la regola idonea a ripristinare l'equilibrio contrattuale alterato dalla pattuizione della clausola abusiva e dalla conseguente eliminazione della stessa.

L'individuazione del rimedio pone, peraltro, l'ulteriore necessità di assicurare che questo sia effettivo e coerente con i principi eurounitari che dominano la materia consumeristica. Non a caso, la giurisprudenza della Corte di Giustizia guarda con estremo sfavore alla possibilità di ammettere una integrazione - soprattutto giudiziale - del contratto, ritenendo che solo la caducazione della clausola abusiva sia in grado di riequilibrare la situazione di inferiorità in cui si trova il consumatore rispetto al professionista. Il timore che si nasconde dietro questa possibilità è che il rimedio caducatorio perda il suo carattere di strumento dissuasivo nei confronti del professionista. Come detto, obiettivo primario della Direttiva, ai sensi dell'art. 7, è, infatti, quello di scongiurare la prassi della inserzione di clausole abusive nei contratti di consumo.

La nostra dottrina mette, tuttavia, in evidenza le criticità di questa impostazione, atteso che,

comportamentale, poiché essa non può essere dichiarata ove la clausola sia stata il frutto di una trattativa individuale tra professionista e consumatore. Tra i primi Autori che si sono occupati di studiare questa nuova fattispecie di invalidità, si ricordano, *ex multis*: G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit.; G. FILANTI, *Nullità (nullità speciali)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 2004; V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 459 ss.; F. DI MARZIO, *Nullità di protezione, codice del consumo e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 837 ss.; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. contr. Roppo*, IV, *Rimedi*, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, p. 155 ss..

⁶ Il termine "conservazione" viene in considerazione, nell'ambito della disciplina codicistica, in plurimi contesti, ove è usato con accezioni diverse. Nel presente lavoro, esso viene impiegato come effetto connesso alla operatività del rimedio della nullità necessariamente parziale e, quindi, con un significato non dissimile a quello relativo all'istituto della nullità parziale di cui all'art. 1419 c.c.. In considerazione di ciò, tale nozione dovrà essere tenuta distinta da quella che viene utilizzata dal codice in materia di interpretazione del contratto. In via del tutto generale, comunque, il principio di conservazione del contratto costituisce espressione di una esigenza trasversale ai vari ambiti di disciplina del negozio giuridico: ossia l'esigenza di preservare al massimo l'attività negoziale. Il punto dovrà essere approfondito. Per ora si rinvia ad alcuni degli studi sul tema generale della conservazione del contratto: C. GRASSETTI, voce *Conservazione (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 173-176; G. STELLA RICHTER, *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, p. 411 ss.; G. FONSI, *Il principio di conservazione del contratto*, in *Vita not.*, 1995, p. 1043 ss.; M. PENNASILICO, *L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 702 ss.; C. MENICHINO, *Principio di conservazione e nullità del contratto*, in *Contr.*, 2005, 8-9, p. 751 ss..

senza una qualche forma di intervento esterno, il contratto sarebbe destinato a venire meno, se privato di una pattuizione essenziale, mentre la sua sopravvivenza *sic et simpliciter* finirebbe per arrecare un pregiudizio al consumatore.

Non solo, a essere discutibile è anche l'idea stessa che la nullità di protezione sia sempre un rimedio realmente dissuasivo per il professionista. Questo assunto merita di essere analizzato *funditus* per comprendere la sua reale attualità alla luce della casistica giurisprudenziale. Basti solo considerare che se il professionista ha violato una regola legale inserendo una clausola abusiva è proprio perché non aveva interesse a darle applicazione, in quanto per lui svantaggiosa. Pertanto, si tratta di stabilire se l'effetto dissuasivo della nullità si realizzi semplicemente con la mera caducazione della clausola o non, piuttosto, mediante la integrazione del contratto proprio con la regola violata in modo tale da garantirne la conservazione e da vincolare il professionista a un regolamento conforme alla legge.

Da qui nasce l'esigenza, colta dal presente lavoro, di analizzare la prospettività di meccanismi di modificazione del contratto, secondo una indagine da condurre alla luce del confronto con i vari strumenti integrativo-correttivi ipotizzabili - come l'integrazione mediante norme dispositive o la valorizzazione della buona fede - e con il principio di effettività della tutela.

In ultimo, si osserverà come l'indagine appena tratteggiata risulti di particolare interesse anche perché offre l'opportunità di riflettere sul più generale tema dei profili evolutivi che stanno caratterizzando l'istituto della nullità contrattuale, il cui paradigma codicistico si è frantumato in una pluralità di fattispecie di difficile classificazione.

In particolare, la presente indagine - come si vedrà nell'affrontare la tesi dell'eterointegrazione giudiziale - si inserisce nella più generale questione dei delicati rapporti esistenti tra l'autonomia negoziale dei privati e i poteri del giudice sul contratto. Si tratta di stabilire se le sempre più forti istanze di tutela sottese alla disciplina di protezione del contraente debole possano giustificare eccezionali limitazioni della libertà contrattuale, superando il dogma tradizionale dell'intangibilità della volontà dei contraenti, in nome di una presunta istanza di "giustizia contrattuale"⁷.

⁷ A riguardo, C.M. BIANCA, *Il contratto, Diritto civile*, III, 2000, p. 33 ss., osserva che la «intangibilità della volontà individuale cede di fronte alla esigenza di giustizia sociale». Da qui il bisogno, segnalato da una parte della dottrina, di ammettere più forme diverse di controllo dell'autonomia contrattuale, a tutela della parte debole, nell'idea che «l'autonomia privata è fondamentalmente subordinata alla solidarietà sociale». Sul punto, si vedano anche le considerazioni di: M. PENNASILICO, *La correzione giudiziale dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1, p. 179 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, in *www.juscivile.it*, 2016, 5, p. 347 ss.; V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 377 ss., il quale fa riferimento alla nullità di protezione con funzione conformativa del regolamento contrattuale; E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 5, p. 1262 ss..

La legislazione a tutela del consumatore degli ultimi anni sembra, infatti, inaugurare una nuova stagione del diritto dei contratti, caratterizzata dalla elaborazione di un *“nuovo modello contrattuale assai divergente dal contratto di diritto comune”*, il cui tratto peculiare viene ravvisato nel riconoscimento al giudice *«di un potere di controllo sull'equilibrio dell'accordo, che va ben al di là delle tradizionali ipotesi codicistiche, connotate invece dallo stato di patologia congiunturale in cui viene concluso il negozio (...)»*⁸.

Di qui, l'opportunità di indagare il ruolo e la portata dei poteri del giudice sul contratto, a partire dal rilievo della vessatorietà di una pattuizione essenziale.

2. Una premessa necessaria: la rilevabilità d'ufficio della abusività di una clausola contrattuale nella disciplina europea.

La premessa logica all'analisi del problema centrale, cui è dedicato il presente lavoro, è il previo esame dei poteri di cui dispone il giudice di fronte a una clausola contrattuale che presenti profili di abusività in danno del consumatore. Soltanto una volta che il giudice abbia rilevato la nullità della clausola e il consumatore ne abbia chiesto la caducazione, si pone, infatti, il problema della sorte del contratto.

La questione è stata affrontata, in questi anni, tanto dalla giurisprudenza europea, quanto dalla giurisprudenza nazionale, le quali, per lungo tempo, si sono mosse su binari paralleli: la prima nella direzione di estendere il più possibile il potere officioso del giudice di valutare l'abusività della clausola; la seconda, invece, nella direzione di circoscrivere i margini di esercizio di quel potere. Ciò fino a una recente presa di posizione delle Sezioni Unite⁹ che, nel recepire gli indirizzi della giurisprudenza europea, hanno ammesso, anche per la nullità di protezione, il potere di rilevazione officiosa, da esercitarsi, tuttavia, entro precisi limiti.

Giova, pertanto, ripercorrere, brevemente, le principali tappe dell'evoluzione della giurisprudenza, prima di tutto di quella europea, relativa alla puntualizzazione dei poteri del giudice di fronte a una clausola contrattuale abusiva.

⁸ Queste considerazioni sono di S. MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, cit., p. 352.

⁹ Si tratta di Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242-26243, in *Corr. giur.*, 2015, I, 70 ss., con note di V. CARBONE, *“Porte aperte” delle sezioni unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*, e di I. PAGNI, *Nullità del contratto – Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le sezioni unite*; in *Corr. giur.*, 2015, II, 225 ss., con nota di C. CONSOLO, F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*; in *Dir. civ. cont.* 15 marzo 2015, p. 6 ss., con nota di F. RUSSO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite (nota in margine a Cass., sez. un., 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014)*.

In sede di interpretazione delle direttive consumeristiche, la Corte di Giustizia, in questi anni, ha reso una serie di decisioni espressive della esigenza di garantire tanto l'effettività della tutela giurisdizionale del consumatore, quanto livelli ottimali di concorrenzialità nel mercato comune.

Al fine di realizzare i predetti obiettivi, la Corte ha sempre ritenuto necessario consentire l'intervento di soggetti estranei al rapporto contrattuale: il rimedio (successivo) è stato così individuato nell'intervento riequilibratore del giudice.

Il potere-dovere del giudice di rilevare l'abusività di una clausola contrattuale è stato sostenuto dalla Corte di Giustizia a partire da un lontano precedente del 2000, la sentenza *Océano Grupo Editorial*¹⁰. In quell'occasione, si è affermato che il sistema delle tutele introdotto dalla direttiva 1993/13/CEE, fondato sull'assunto della disuguaglianza tra professionista e consumatore, può essere garantito solo se il giudice nazionale si veda riconosciuto il potere di rilevare d'ufficio la nullità di una clausola vessatoria. E ciò anche nei casi in cui il consumatore non abbia espressamente sollevato la relativa eccezione, stante il fatto che l'art 6 della direttiva non può essere interpretato nel senso di vincolare il consumatore a sollevare l'eccezione di nullità per potersene giovare.

In tal modo, la riconosciuta facoltà del giudice di esaminare d'ufficio l'abusività di una clausola costituirebbe un mezzo idoneo al conseguimento di un duplice obiettivo fissato dalla direttiva: da un lato, impedire che il consumatore sia vincolato da una clausola abusiva, per lui pregiudizievole; dall'altro, dissuadere il professionista dall'inserire clausole abusive nei contratti conclusi con i consumatori.

A questa prima presa di posizione ha fatto eco una successiva sentenza, relativa al caso *Cofidis*¹¹, in cui è stato ribadito che il rilievo officioso della abusività costituisce uno strumento necessario a garantire l'effettività della tutela del consumatore. La Corte ha osservato, infatti, che la direttiva 1993/13/CEE «*osta a una normativa interna che, in un'azione promossa da un professionista nei confronti di un consumatore e basata su un*

¹⁰ Corte di Giustizia, 27 giugno 2000, cause riunite C-240/1998 a C-244/1998, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, in *Racc.*, I, p. 4941, relativa ai ricorsi per il pagamento di somme dovute in esecuzione di contratti di vendita a rate di enciclopedie, promossi dai creditori sulla base di una clausola di elezione del foro di questi ultimi, ritenuta vessatoria. I tribunali spagnoli si erano pronunciati con sentenze contraddittorie quanto alla possibilità di rilevare d'ufficio la nullità delle clausole abusive nell'ambito di procedimenti relativi alla tutela degli interessi dei consumatori.

¹¹ Corte di Giustizia, 21 novembre 2002, causa C-473/2000, *Cofidis SA e Jean-Louis Fredout*, in *Racc.*, I, p. 10875, relativa a una questione di compatibilità, con la Direttiva 1993/13/CEE, di una disposizione del diritto francese, che vietava al giudice nazionale, alla scadenza di un termine di decadenza, di rilevare, d'ufficio o a seguito di un'eccezione sollevata dal consumatore, l'abusività di una clausola contenuta in un contratto di apertura di credito e classificata quale operazione di credito al consumo. È proprio in questa sentenza che la Corte di Giustizia utilizza il termine "rilevazione" officiosa della abusività, in luogo del termine più generico "valutazione", utilizzato nel caso *Océano*.

contratto stipulato tra loro, vieti al giudice nazionale, alla scadenza di un termine di decadenza, di rilevare, d'ufficio o a seguito di una eccezione sollevata dal consumatore, il carattere abusivo di una clausola inserita nel suddetto contratto».

In tempi più recenti, la Corte di Giustizia ha continuato a muoversi nel solco tracciato dai precedenti citati, puntualizzando i presupposti in presenza dei quali il giudice possa esercitare il potere-dovere di rilevazione officiosa della clausola abusiva.

In particolare, nella sentenza *Mostaza Claro*¹² del 2006, i giudici europei hanno iniziato a prospettare il rilievo officioso della nullità non come una mera facoltà, ma come un vero e proprio obbligo, che discende dalla imperatività dei principi enunciati dagli artt. 6 e 7 della direttiva 1993/13/CEE, posti a presidio di un interesse generale. Si afferma che tale normativa *«in considerazione dell'inferiorità di una delle parti contrattuali, mira a sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina tra i diritti e gli obblighi delle parti un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza delle parti stesse».*

Tanto è vero che, nel caso *Pannon* del 2009, si è affermato con ancora più decisione che il giudice ha l'obbligo, non, semplicemente, la facoltà, di esaminare d'ufficio la questione di nullità della clausola *«a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine (...)»*¹³. In quell'occasione, la Corte precisa, però, che nell'eseguire quell'obbligo il giudice nazionale non deve anche *«disapplicare la clausola in esame qualora il consumatore, dopo essere stato avvisato da detto giudice, non intenda invocarne la natura abusiva e non vincolante».* Questo significa, allora, che ove il giudice ritenga abusiva quella clausola, non dovrà applicarla, *«tranne che nei casi in cui il consumatore vi si opponga».*

Alla luce del caso *Pannon*, dunque, possono essere formulate due considerazioni: da un lato, il giudice dispone del potere-dovere di rilevare d'ufficio la nullità di una clausola contrattuale, anche ove questa non sia mai stata opposta dal consumatore; dall'altro, siffatto potere giudiziale incontra un limite nella valutazione del consumatore che, una volta interpellato dal giudice, dichiara di non valersi di quella nullità. In tal modo, la rilevazione officiosa della invalidità, attivando un contraddittorio tra le parti, diviene lo strumento

¹² Corte di Giustizia, 26 ottobre 2006, causa C-168/2005, *Mostaza Claro*, in *Racc.*, I, 10421, relativa alla validità di una clausola compromissoria, contenuta in un contratto di abbonamento alla telefonia mobile, la cui abusività non era stata contestata in sede di procedura arbitrale, conclusasi in senso sfavorevole per il consumatore.

¹³ Corte di Giustizia, 4 giugno 2009, causa C-243/2008, *Pannon*, in *Racc.*, I, p. 4812, relativa a un contratto di abbonamento per la fornitura di servizi di telefonia mobile, in cui era contenuta una clausola attributiva di competenza non negoziata tra le parti. Ai sensi del codice di procedura civile nazionale, l'organo giurisdizionale della circoscrizione interessata può rilevare d'ufficio la questione della sua competenza territoriale. Solo che, nel caso di specie, trattandosi di competenza non esclusiva, il giudice non avrebbe più potuto rilevare l'incompetenza, una volta che il convenuto avesse presentato un primo atto difensivo con deduzioni relative al merito della controversia, senza, però, eccepire l'incompetenza.

processuale attraverso il quale la Corte di Giustizia realizza il punto di equilibrio fra l'esigenza di tutelare la parte debole del rapporto contrattuale, depurando il contratto della clausola abusiva, e l'esigenza di garantire che solo il consumatore possa valutare la convenienza di un tale rimedio.

Un'attenta dottrina¹⁴ ha osservato, tuttavia, che la sentenza *Pannon*, pur avendo il merito di chiarire gli effetti della rilevazione officiosa di una clausola abusiva, presenterebbe tratti di contraddittorietà, ove si consideri che, da un lato, predica l'esistenza di un potere giudiziale posto a presidio di norme di ordine pubblico, e dall'altro, sembra adombrare la possibilità che detto potere possa essere paralizzato dalla parte debole, in vista della realizzazione di un proprio interesse particolare.

Tanto è vero, che la stessa Corte Giustizia, successivamente, nel caso *Banif Plus Bank Zrt*¹⁵ del 2013, ha colto l'occasione per svolgere alcune importanti precisazioni a riguardo. In particolare, si osserva che la possibilità riconosciuta al consumatore, in sede di contraddittorio, di presentare osservazioni risponde anche all'obbligo del giudice nazionale di tenere conto, se necessario, della volontà espressa dal consumatore, nei casi in cui questi, pur consapevole del carattere non vincolante della clausola abusiva, dichiara, tuttavia, di opporsi alla sua disapplicazione, preferendo, quindi, dare “*un consenso, libero e informato, alla clausola*” in questione.

In tal modo, la Corte ha tentato di rendere compatibili due aspetti in contrasto tra loro, e cioè la rilevabilità d'ufficio della nullità della clausola e la rilevanza dell'interesse particolare del consumatore che l'ordinamento intende proteggere. Il consumatore ha, infatti, la facoltà di manifestare l'interesse contrario alla declaratoria di nullità, ma tale interesse non è comunque idoneo a paralizzare il dovere del giudice. Quest'ultimo può tenere conto della posizione assunta dal consumatore in giudizio per pervenire ad una diversa valutazione della posizione sostanziale rivestita dalla parte nell'aderire a quella clausola¹⁶.

La natura pubblica dell'interesse tutelato dalla Direttiva 1993/13/CEE emerge, infine, ancora più chiaramente, nella sentenza sul caso *Asturcom*¹⁷, in cui si ammette che un lodo arbitrale «*che ha acquistato efficacia di cosa giudicata, pronunciato sulla base di una*

¹⁴ Si vedano, in particolare, le considerazioni di R. ALESSI, «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 4, p. 1141 ss..

¹⁵ Corte di Giustizia, 21 febbraio 2013, causa C-472/2011, *Banif Plus Bank Zrt*, in www.curia.europa.eu.

¹⁶ Si rinvia nuovamente a R. ALESSI, «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, cit., 1144 ss.. Si vedano anche le considerazioni di G. SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e nella Corte di Giustizia*, in *Eur. e dir. priv.*, 2016, 1, p. 254 ss..

¹⁷ Corte di Giustizia, 6 ottobre 2009, causa C-40/2008, *Asturcom Telecomunicaciones*, in www.curia.europa.eu.

clausola compromissoria vessatoria», debba cadere, ritenendosi prevalente l'interesse di tutela dell'ordine pubblico sotteso alla direttiva. Proprio in considerazione della natura pubblica dell'interesse presidiato, i giudici arrivano ad affermare che l'art 6 della Direttiva debba «essere considerato come una norma equivalente alle disposizioni nazionali che occupano, nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno, il rango di norme di ordine pubblico».

Senonché, tanto la sentenza *Asturcom*, tanto la sentenza *Pannon*, se da un lato, riconoscono, pacificamente, al giudice il potere di rilevare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale, sulla base degli elementi di fatto e di diritto emergenti *ex actis*; dall'altro, tuttavia, lasciano aperta la questione se il giudice possa accertare d'ufficio l'abusività pur in mancanza di una domanda di parte.

Tale aspetto è stato indagato, invece, da una sentenza successiva¹⁸, che offre una soluzione sintomatica di come la giurisprudenza europea tenda ad accogliere una concezione estensiva dei poteri di accertamento del giudice, in nome dell'interesse alla tutela del consumatore. La Corte di Giustizia, difatti, riconosce al giudice il potere di adottare, in via officiosa, tutte le misure istruttorie ritenute opportune al fine di verificare il carattere abusivo di una pattuizione contrattuale. Ciò nella convinzione che il principio della domanda¹⁹, lungi dall'essere violato, in questo contesto, sarebbe conformato alle prevalenti esigenze di armonizzazione del diritto dei consumatori, in nome dell'interesse generale sotteso, sia pure indirettamente, alla disciplina consumeristica²⁰.

Il percorso evolutivo della giurisprudenza europea trova, infine, un importante e recente arresto nella sentenza resa sul caso *Zambrano*²¹ del 2016, che, nuovamente, e forse con ancora

¹⁸ Corte di Giustizia, 9 novembre 2010, causa C-137/2008, *Pènzugyi Lizing Zrt*, in www.curia.europa.eu. Si veda il commento di P.F. PATTI, *Oltre il caso "Pannon": poteri istruttori del giudice e tutela del consumatore*, in *Contr.*, 2011, 2, p. 113 ss., il quale mette in evidenza come la normativa consumeristica europea, sull'assunto che il consumatore si trovi in una posizione di inferiorità rispetto al professionista, tende a incidere in misura sempre maggiore proprio sul profilo processuale del sistema di tutela dei consumatori, atteso che detta situazione di disuguaglianza economica e giuridica tra i contraenti non si limita solo alla fase antecedente alla stipulazione del contratto, ma incide anche sul piano processuale.

¹⁹ Per un approfondimento sul principio in parola, si rinvia, *ex multis*, a: P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, I, Padova, 1944, p. 101 ss., di cui si ricordano le lucide considerazioni: «una giurisdizione esercitata d'ufficio ripugnerebbe, per una ragione psicologica prima che giuridica, al concetto che modernamente ci siamo fatti della funzione del giudice, il quale, per conservarsi imparziale, deve attendere d'essere richiesto e limitarsi a render giustizia a chi la domanda (...)»; T. CARNACINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano, 1951, p. 752 ss.; E.T. LIEBMAN, *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 555 ss.; V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 267 ss.; A. PROTO PISANI, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2002; S.P. LUIISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, 7ª ed., Milano, 2013.

²⁰ Il punto è stato approfondito, in particolare, da G. SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e nella Corte di Giustizia*, cit., p. 249 ss.

²¹ Corte di Giustizia, 16 febbraio 2016, causa C-49/2014, *Zambrano*, in www.curia.europa.eu. In questa sentenza la Corte di Giustizia è chiamata a risolvere la questione se sia compatibile con la Direttiva 93/13 una

più forza, testimonia l'esigenza di adeguare, se non addirittura di derogare, taluni principi dei diritti processuali interni, al fine di rimuovere gli ostacoli che si frappongono alla piena realizzazioni degli obiettivi protezionistici sottesi alla direttiva 93/13/CEE.

Tanto è necessario che il consumatore trovi adeguata tutela in sede processuale, che la Corte di Giustizia ha riconosciuto ai giudici il potere di rilevare d'ufficio la nullità in ogni fase del giudizio, compresa quella esecutiva. Questo comporta che le regole processuali vigenti negli Stati membri, nel sancire eventuali preclusioni all'esperimento di azioni o eccezioni, sarebbero contrarie al diritto europeo, ove impedissero al consumatore di contestare la validità del contratto.

Quando viene in considerazione l'interesse del consumatore, dunque, le regole processuali ordinarie devono consentire una disciplina del processo funzionale alla tutela di quell'interesse.

Ne consegue che se, come nel caso di specie, *«il giudice investito dell'esecuzione dell'ingiunzione di pagamento non è competente a valutare d'ufficio l'esistenza di tali clausole, il consumatore, di fronte a un titolo esecutivo, potrebbe trovarsi nella situazione di non poter beneficiare, in nessuna fase del procedimento, della garanzia che venga compiuta una tale valutazione»*. Da qui, la necessità di riconoscere al giudice dell'esecuzione il potere di accertamento della vessatorietà, nonostante l'intervenuta formazione del giudicato sul titolo esecutivo.

Ciò anche quando questo significhi derogare a un principio così fondamentale come il principio del giudicato. Nella sentenza in esame, si afferma, infatti, che il giudice deve poter rilevare l'abusività della clausola contrattuale anche quando il giudizio è in fase esecutiva, senza che possa costituire un ostacolo l'intervenuta formazione del giudicato del titolo esecutivo non opposto dal consumatore²².

normativa processuale che non contempli un potere di controllo officioso del giudice, nell'ambito del procedimento di esecuzione, circa l'eventuale carattere abusivo di una clausola inserito in un contratto tra una società finanziaria e un cliente per l'acquisto di un veicolo, ove l'autorità investita della domanda di ingiunzione di pagamento non sia competente a procedere a tale valutazione. Nel caso di specie, il procedimento ingiuntivo era stato attivato dalla società finanziaria a fronte del mancato pagamento, da parte del cliente, di alcune rate per l'acquisto di un veicolo. Ancora una volta la questione pregiudiziale ha riguardato la disciplina spagnola, atteso che, ai sensi degli artt. 551, 552 e 816, parag. 2, della LEC, il giudice investito dell'ingiunzione di pagamento non può né valutare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola inserita in un contratto tra professionista e consumatore, né verificare d'ufficio la contrarietà di tale clausola rispetto alle norme nazionali di ordine pubblico, trattandosi di competenza del giudice del rinvio. Si veda la nota a commento di G. PALMA, *Contratti del consumatore - "Autonomia processuale ed effettività della tutela del consumatore"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 9, p. 1143 ss..

²² Anche perché, come osserva la Corte di Giustizia, vi è sempre il rischio che «i consumatori interessati non proponano l'opposizione richiesta a causa del termine particolarmente breve previsto a tal fine, ovvero, perché possono essere dissuasi dal difendersi tenuto conto delle spese che un'azione giudiziaria implicherebbe rispetto all'importo del debito contestato, oppure perché ignorano o non intendono la portata dei loro diritti, o ancora in ragione del contenuto succinto della domanda d'ingiunzione introdotta dai

Alla luce di questa impostazione, dunque, emerge come gli Stati nazionali siano chiamati ad assicurare che i rispettivi sistemi processuali, pur nell'osservanza del principio di autonomia processuale, si fondino su regole idonee a tutelare concretamente i contraenti deboli, adeguando flessibilmente la loro portata alle esigenze sottese alla disciplina consumeristica. In questa prospettiva, il principio del giudicato deve essere attuato secondo modalità funzionali a realizzare un duplice obiettivo: «*tali modalità devono soddisfare la doppia condizione di non essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe soggette al diritto nazionale (principio di equivalenza) e di non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti ai consumatori dal diritto dell'Unione (principio di effettività)*».

Con i principi enunciati in questi anni, la Corte di Giustizia ha così inteso armonizzare anche le discipline processuali degli Stati membri, al fine di assicurare una piena ed effettiva tutela degli interessi del consumatore, evitando che la situazione di asimmetria esistente tra le parti sul piano sostanziale possa tradursi in un'occasione di ulteriore pregiudizio in sede giudiziale²³.

professionisti e, pertanto, dell'incompletezza delle informazioni delle quali dispongono». In tal senso si è espressa la Corte di Giustizia anche nel precedente *Banco Espanol*.

²³ Si può solo accennare, in questa sede, al fatto che proprio la necessità di assicurare al consumatore rimedi effettivi contro l'inserimento di clausole vessatorie ha condotto la Corte di Giustizia (Corte di Giustizia, 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15 e C-308/15, *Cajasur Banco SAU*, in www.curia.europa.eu) a dichiarare l'incompatibilità, con la direttiva n. 93/13/CEE, dell'orientamento del *Tribunal Supremo* spagnolo, il quale aveva dichiarato la nullità delle clausole c.d. *floor* nei mutui bancari con i consumatori, limitandone, però, gli effetti restitutori agli eventuali versamenti indebiti effettuati dal mutuatario successivamente alla data di pubblicazione della sentenza, anziché in via retroattiva. La sentenza citata appare particolarmente rilevante sotto due aspetti diversi. In primo luogo, la Corte di Giustizia si pronuncia, eccezionalmente, su un rinvio pregiudiziale che non ha ad oggetto una disposizione di legge nazionale, bensì un orientamento giurisprudenziale. La Corte è chiamata, infatti, a stabilire se il giudice nazionale disponga del potere di limitare temporalmente gli effetti (restitutori) della nullità di una clausola abusiva alla data della prima sentenza pronunciata dal giudice spagnolo (c.d. nullità *de futuro*). Tanto era stato sostenuto dal Tribunale spagnolo, in considerazione della eccezionalità delle circostanze del caso concreto: data la grande diffusione delle clausole *floor* nei contratti di mutuo a tasso variabile, la retroattività della declaratoria della nullità di siffatte clausole avrebbe prodotto potenziali effetti negativi sulla stabilità del sistema bancario spagnolo. In secondo luogo, quanto al merito della decisione, la Corte di Giustizia, muovendo dalla necessità di assicurare al consumatore rimedi effettivi, ribadisce il proprio orientamento tradizionale, ossia la retroattività degli effetti sostitutori: «(...) una clausola contrattuale dichiarata abusiva deve essere considerata, in linea di principio, come se non fosse mai esistita, cosicché non può sortire effetti nei confronti del consumatore. Pertanto, l'accertamento giudiziale del carattere abusivo (...) deve produrre la conseguenza di ripristinare, per il consumatore, la situazione di diritto e di fatto in cui egli si sarebbe trovato in mancanza di tale clausola». Una soluzione, questa, che, peraltro, consente di garantire quell'obiettivo di deterrenza dalla pattuizione di clausole abusive avuto di mira dalla direttiva europea. Sul tema, si vedano le riflessioni di: S. PAGLIANTINI, *L'interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone di Gentili e della Corte di Giustizia (il dopo radlinger aspettando le clausole floor, sullo sfondo del nuovo art. 1190 code civil, in Contr.*, 2016, 11, p. 1029 ss.; ID., *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l'interpretazione autentica della Corte di Giustizia*, in *Contr.*, 2017, 1, p. 11 ss.; U. MALVAGNA, *Nullità "de futuro" e poteri del giudice (a proposito di un caso spagnolo)*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 8, p. 1 ss.; A. DALMARTELLO, *Epilogo sulla questione della clausola floor in Spagna? Chiarimenti della Corte di Giustizia sugli effetti della non vincolatività delle clausole abusive*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, 2, p. 1 ss., il quale osserva che la direttiva consente ai giudici nazionali di «qualificare la non vincolatività della clausola abusiva in conformità alla

Tali considerazioni della Corte di Giustizia hanno, dunque, rappresentato un importante punto di riferimento per gli sviluppi della giurisprudenza della nostra Corte di Cassazione in tema di nullità di protezione.

3. La posizione della giurisprudenza di legittimità in tema di rilievo d'ufficio delle nullità di protezione.

Proprio ragionando alla luce dell'interesse anche generale sotteso alle nullità di protezione, la nostra giurisprudenza di legittimità, in un arresto a Sezioni Unite del 2014, ha rivisto il proprio precedente orientamento, nel senso di considerare la rilevabilità d'ufficio un connotato della nullità di protezione, come di tutte le nullità²⁴.

Come accennato in precedenza, la Corte di Cassazione, tradizionalmente, ha concepito in termini piuttosto restrittivi il potere di rilevazione officiosa della nullità del contratto in caso di proposizione di domande di impugnativa giudiziale.

Per molto tempo, è stata discussa, tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, la individuazione di un punto di equilibrio tra il potere di rilievo officioso della nullità e i principi processuali, in particolare, il principio dispositivo e il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

In realtà, le Sezioni Unite, già in un primo arresto del 2012, hanno superato quella impostazione tradizionale²⁵: coordinando l'art 1421 c.c. con le importanti modifiche che hanno interessato gli artt. 101 e 153 c.p.c., i giudici hanno offerto una rilettura della disposizione sostanziale, inserendola coerentemente nel sistema processualistico, che impone la collaborazione tra il giudice e le parti processuali²⁶. In quell'occasione, le Sezioni Unite hanno

propria tradizione giuridica, senza che tale facoltà si trasformi in una libertà di disciplinare gli effetti della non vincolatività, compromettendo l'effettività della tutela accorata al consumatore».

²⁴ Si tratta di Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26241-26243, cit..

²⁵ Il precedente è costituito da Cass., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Contr.*, 2012, 11, 869 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "Eppur si muove"?*; in *Foro it.*, 2013 I, p. 1238 ss., con nota di A. PALMIERI, *Azione risolutoria e rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto: il via libera delle Sezioni Unite (con alcuni corollari)*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 12 ss., con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*; in *Giur. it.*, 2013, 4, p. 907 ss., con nota di E. D'ALESSANDRO, *Le sezioni unite compongono il contrasto giurisprudenziale riguardante la rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto nell'ambito del processo intentato per ottenere la risoluzione. Il punto di vista del processual-civilista*.

²⁶ La questione giuridica affrontata dalle Sezioni Unite del 2012 riguarda la individuazione dei limiti alla rilevabilità d'ufficio della nullità di un contratto, prevista espressamente dall'art 1421 c.c., non tanto quando l'attore domandi l'adempimento, quanto, piuttosto, nelle ipotesi in cui venga chiesta la risoluzione, ma anche

riconosciuto esplicitamente il potere-dovere del giudice di rilevare, dai fatti allegati e provati o emergenti *ex actis*, ogni forma di nullità del contratto di cui si chiedi la risoluzione. Ciò al fine di evitare il rischio di riconoscere effetti ad un contratto ontologicamente inefficace in quanto nullo.

Tra gli argomenti a sostegno di questo primo significativo *revirement* giurisprudenziale, vi è proprio il richiamo alla giurisprudenza europea in tema di rilievo officioso della abusività di una clausola contrattuale, che giustificherebbe un rafforzamento del potere-dovere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità. In considerazione di ciò, i giudici pervengono a interpretare il verbo “può”, usato nell'art 1421 c.c., nel senso di “deve”, laddove la domanda di parte implichi la questione da rilevare e non si ponga, quindi, un problema di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

La soluzione proposta dalle Sezioni Unite del 2012, pur avendo il merito di porre un primo punto fermo sul contrasto giurisprudenziale esistente in materia, ha lasciato aperta, tuttavia, una serie di questioni interpretative attinenti alla regola dell'art 1421 c.c..

In primo luogo, rimaneva irrisolta la questione dell'ammissibilità o meno del rilievo officioso della nullità del contratto di fronte a una impugnativa negoziale diversa da quella diretta a far valere la risoluzione del contratto, come una domanda di annullamento o di rescissione, ovvero una questione di nullità diversa da quella dedotta dalla parte a fondamento della domanda principale.

l'annullamento o la rescissione del contratto impugnato. Ai sensi dell'art 1421 c.c., la nullità non solo può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, coerentemente con l'interesse generale ad essa sotteso, ma può anche essere rilevata d'ufficio dal giudice. Tale regola è stata prevista dal codice del 1942 senza alcuna limitazione ed è, tradizionalmente, considerata un logico corollario della concezione che riconosce nella nullità lo strumento posto a presidio di interessi generali e di valori fondamentali dell'ordinamento. Si tratta, tuttavia, di una norma “di cerniera” tra il diritto sostanziale e il diritto processuale. Tanto è vero che, dal punto di vista applicativo, la giurisprudenza prevalente ha sempre reputato necessario coordinare la predetta regola con i principi derivanti dal diritto processuale civile, primi tra tutti, il principio del giudicato interno, il principio dispositivo, il principio della domanda, il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Proprio con riferimento agli ultimi principi citati, si è aperto un rilevante contrasto giurisprudenziale circa la individuazione di un punto di equilibrio tra il potere di rilievo officioso della nullità *ex art 1421 c.c.* e le regole del processo civile. L'orientamento giurisprudenziale tradizionale seguiva una interpretazione restrittiva dell'art 1421 c.c., ammettendone l'operatività solo nei giudizi per l'applicazione o l'esecuzione del contratto, cioè nei giudizi in cui si facessero valere diritti presupponenti la validità del contratto (in tal senso: Cass., 11 marzo 1989, n. 2398, in *Foro it.*, 1989, I, p. 1936; Cass., 7 marzo 2002, n. 3345, in *Foro it.*, I, p. 1702; Cass., 28 novembre 2008, n. 28424, in *Contr.*, 2009, 5, p. 449 ss.). Altra parte della giurisprudenza, invece, ammetteva il rilievo officioso della nullità in via generale, a prescindere cioè dalla domanda proposta dall'attore, anche nei casi di risoluzione, annullamento e rescissione, oltre che di adempimento, del contratto. Ciò sull'assunto che pure in siffatte ipotesi la verifica della validità del contratto costituirebbe un antecedente logico necessario. In tal senso: Cass., 15 settembre 2008, n. 23674, in *Obbl. e contr.*, 2009, 4, p. 318 ss., con nota di A. BENUSSI, *Ancora sulla rilevanza d'ufficio della nullità*; Cass., 7 febbraio 2011, n. 2956, in *Foro it.*, 2011, I, p. 2956 ss.. In dottrina, rilievi critici alla limitazione dell'operatività della regola dell'art 1421 c.c. sono stati mossi da: N. IRTI, *Risoluzione di un contratto nullo?*, in *Foro pad.*, 1970, I, p. 741 ss.; G. MASSETANI, *Ingiustificate limitazioni alla rilevanza d'ufficio della nullità*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 669 ss.; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008; C. CONSOLO, *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Eur. Dir. priv.*, 2010, 4, p. 941 ss.

A riguardo, in questa sede, giova ricordare che i predetti interrogativi sono stati risolti – come accennato - da una successiva pronuncia a Sezioni Unite nel 2014, che ha portato a compimento il percorso giurisprudenziale sul tema dei rapporti tra nullità negoziale e azioni di impugnativa negoziale, riconoscendo, in via definitiva, l'omogeneità funzionale delle azioni di impugnativa negoziale²⁷.

Nel muovere da una nozione allargata di oggetto del processo e di giudicato, le Sezioni Unite fondano il loro ragionamento sull'assunto che, in tutte le azioni di impugnativa negoziale, l'oggetto del giudizio sia costituito dal rapporto sostanziale sorto dal contratto²⁸. Ne consegue che, a fronte di qualsiasi domanda dell'attore, compresa quella di annullamento o di rescissione, il giudice sia tenuto a rilevare d'ufficio la nullità, in quanto anche i profili relativi al vizio genetico del contratto ben rientrano nell'oggetto del processo.

Oltretutto, poiché la nullità è un rimedio posto dall'ordinamento a presidio di un interesse generale, allora, si è reso opportuno assicurare, altresì, che un contratto affetto da nullità non produca effetti di alcun tipo tra le parti o rispetto ai terzi. Pertanto, la sentenza che decide il merito del giudizio, a prescindere dal singolo effetto del contratto fatto valere dalla parte, accerta con efficacia di giudicato, esplicito o implicito, la nullità o validità di quel contratto, eccettuata la sola ipotesi di decisione fondata sulla c.d. ragione più liquida (come nel caso di intervenuta prescrizione del diritto azionato).

Naturalmente, all'ampliamento dei poteri del giudice nel processo, si è accompagnata una valorizzazione del principio fondamentale del contraddittorio, coerentemente con i canoni del nostro processo civile.

La rilevazione d'ufficio della nullità non può essere una sorpresa per le parti, non può essere una questione trattata incidentalmente. Gli artt. 183, comma 4, 101 e 153 c.p.c. impongono, invece, al giudice che rilevi d'ufficio una questione preliminare, idonea definire il giudizio, di prospettarla alle parti e sottoporla al contraddittorio. Ciò consente alle parti, in omaggio al principio di collaborazione e di giusto processo, di muoversi in due modi: o si limitano alla difesa senza integrare la domanda, cioè senza porre con domanda il tema della nullità; o decidono di introdurre la domanda di nullità, sostituendola alla domanda iniziale o

²⁷ Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26241-26243, cit.

²⁸ Secondo l'impostazione prevalente in dottrina, il bene della vita controverso non è il diritto potestativo fondato sul singolo motivo della domanda (di annullamento, di rescissione, di risoluzione, di nullità), bensì esso si identifica con la situazione giuridica sostanziale generata dal contratto. Ossia, l'oggetto del processo riguarda le situazioni giuridiche sostanziali. In tal senso: S. MENCHINI, *Limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 185 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. Costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 1, p. 50 ss.; ID., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2002, p. 304 ss.; I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, p. 197 ss.; S.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, cit., p. 162 ss..

aggiungendola per integrare il *petitum* sostanziale.

Solo in quest'ultimo caso, cioè in presenza di domanda di parte, il problema del giudicato diventa pieno: se una delle parti propone, in via principale o incidentale, la domanda di nullità, allora il giudice, nella parte dispositiva della sentenza, deve pronunciarsi con pienezza sulla questione della nullità, ossia deve dichiarare la nullità del contratto; quindi quel giudicato è pieno e opponibile alle parti e ai terzi nei limiti della trascrizione²⁹.

Ciò – lo si ribadisce – sull'assunto per cui il rilievo d'ufficio costituisce uno strumento processuale diretto a consentire il rigetto di pretese infondate in ragione della nullità, al fine di evitare di riconoscere effetti a un contratto nullo, equiparandolo a un contratto valido.

Più interessante, ai fini del presente lavoro, benché intimamente connesso al primo, è il secondo aspetto di criticità mostrato dalla sentenza del 2012: in base a quel precedente, esulavano dall'ambito di applicazione del principio innovativo enunciato non solo i casi di domande diverse dalla risoluzione, ma anche le nullità soggette a regime speciale e, dunque, le nullità di protezione.

²⁹ Ben diverso, e più problematico, diventa il discorso quando le parti non formulino domanda, principale o incidentale, di accertamento della nullità rilevata in via officiosa dal giudice. In questo caso, secondo le Sezioni Unite, spetta al giudice valutare la necessità di una dichiarazione officiosa della nullità con effetto di giudicato. Due le situazioni che si possono prospettare. Ove il giudice ritenga di dover decidere la controversia sulla base di una ragione più liquida, che non postula, cioè, la “non nullità” del contratto, allora non vi sarebbe spazio per la declaratoria di nullità, benché officiosamente rilevata. Può, invece, accadere che l'unico motivo portante della decisione sia la nullità del contratto: in tal caso, la relazione tra motivazione e dispositivo è così stretta che, secondo la teoria di derivazione tedesca del c.d. motivo portante (si veda A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft in Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*, Tübingen, 1952, 172 ss.), allora, anche l'accertamento della nullità del contratto finisce per essere coperto dal giudicato. Ad analoghe conclusioni si giunge ragionando sulla teoria, per il nostro ordinamento più familiare, della c.d. pregiudizialità logica, benché ripudiata dalle Sezioni Unite, per la sua maggior complessità. Nelle ipotesi di pregiudizialità logica, il giudice può indagare con efficacia di giudicato sulla questione logicamente pregiudizievole anche senza domanda di parte. Quando a fondamento della decisione è posta esclusivamente la nullità, quale questione logicamente pregiudiziale, allora, il giudicato, che sul piano dispositivo è solo sulla domanda respinta, avrà ad oggetto anche la nullità del contratto, perché la nullità viene dichiarata in motivazione, ma è coperta dal giudicato in quanto inscindibile con il *petitum* del giudizio. Naturalmente, se la nullità è solo in motivazione, ma non è dichiarata nel dispositivo, la portata del giudicato sarà ben diversa: tra le parti è uguale, mentre verso i terzi, siccome non c'è domanda, non c'è neppure trascrizione e, quindi, la sentenza non sarà opponibile ai terzi, mancandone il presupposto, cioè, appunto, la trascrizione della domanda. Questa sorta di dichiarazione officiosa in motivazione, che produce un giudicato minore perché non opponibile ai terzi, è stata molto criticata in dottrina, ponendo diversi problemi interpretativi. È stato rilevato come, in primo luogo, tale impostazione comporterebbe un *vulnus* al principio della domanda, poiché finirebbe per contrastare con la finalità sottesa allo strumento della rilevazione officiosa, cioè supplire alle carenze difensive del convenuto, a vantaggio di questo. In secondo luogo, questa forma di giudicato senza domande pone un problema di certezza del diritto, poiché rende incerta la esatta individuazione dei casi in cui il giudice sia tenuto alla dichiarazione della nullità nel dispositivo ovvero nella sola motivazione. Infine, parte della dottrina critica il ricorso a una ambigua nozione di giudicato senza domanda, ritenendo che il problema avrebbe potuto risolversi valorizzando il divieto di abuso del processo: in base a questo principio, fondato sulla buona fede, colui che si è visto respingere la domanda sarebbe tenuto ad astenersi dal porre una domanda davanti ad altro giudice, basata sul presupposto opposto. Si tratterebbe, cioè, di una preclusione extraprocessuale, con effetti *inter partes*, idonea a determinare, semplicemente, la inammissibilità di una domanda abusiva. Sul punto si vedano le considerazioni di: C. CONSOLO, F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, cit., p. 225 ss.; *contra* I. PAGNI, *Nullità del contratto – Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le sezioni unite*, cit., p. 70 ss..

In tali casi, si riteneva che il rilievo del vizio genetico sarebbe espressamente rimesso alla volontà della parte, cioè del contraente debole; per questo le nullità di protezione sarebbero sottratte dall'ambito di applicazione dell'art. 1421 c.c. e soggette a un regime speciale, caratterizzato dalla assunta incompatibilità tra la legittimazione riservata alla sola parte a tutela della quale il rimedio è previsto e il potere officioso del giudice³⁰.

Questo passaggio della sentenza del 2012 è stato fortemente criticato dalla dottrina, anche perché condurrebbe al paradosso di considerare non rilevabili d'ufficio tutte quelle nullità speciali in cui non sia espressamente prevista la loro rilevabilità, come nel caso del preliminare di immobile da costruire (art 2, d.lgs. 122/2005) o dei servizi di investimento (art 32, comma 3, TUF), e in cui si statuisca unicamente che le relative nullità possono essere fatte valere solo dall'acquirente o dal cliente.

Una tale conclusione finiva, infatti, per contrastare con il tentativo della dottrina dominante di prospettare una ricostruzione sistematica e unitaria delle varie ipotesi di nullità, sull'assunto che, addirittura, *«la rilevabilità officiosa costituisca il proprium anche di quelle nullità ormai classificate, nel lessico degli interpreti, di protezione virtuale»*³¹.

³⁰ Il problema del rapporto tra le nullità di protezione e l'art. 1421 c.c. si è posto per la difficoltà di coniugare il requisito della legittimazione ristretta all'azione, proprio delle nullità di protezione, e la possibilità di un intervento autoritativo del giudice, consistente nel potere di rilievo officioso della invalidità, proprio della nullità in generale. Secondo l'impostazione tradizionale, la quale concepiva la nullità come inesistenza giuridica, la regola della rilevabilità d'ufficio costituisce uno strumento che risponde all'esigenza di eliminare un negozio idoneo a suscitare affidamenti precari, impedendo la formazione di giudicati sulla validità del contratto nullo. Si osserva, infatti, che se ai terzi non è riconosciuta la possibilità di far valere la nullità, finirebbe per formarsi un «indice di affidabilità del negozio non caduco», con la conseguenza che il rilievo officioso della nullità risulterebbe non giustificabile (sul punto si vedano: G. FILANTI, *Inesistenza giuridica e nullità del negozio*, Napoli, 1983; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 188 ss.). A ben vedere, tuttavia, è stato osservato che la stessa regola contenuta nell'art. 1421 c.c. postula l'ammissibilità di nullità relative, sia perché fa salvi casi in cui la legge preveda diversamente, sia perché l'azione di nullità può essere, in realtà, esperita non da chiunque, ma solo da «chiunque vi abbia interesse», cioè da chi sia titolare di una situazione sostanziale meritevole di tutela. L'orientamento maggioritario, oggi, invece, tende a superare la presunta incompatibilità tra le due regole, ravvisando un legame tra il potere di rilievo officioso del giudice e l'interesse sostanziale alla base dell'istituto della nullità: è l'esigenza di tutelare il rispetto di una norma imperativa posta a tutela di un interesse generale (*id est*, la creazione e lo sviluppo del mercato attraverso la tutela della classe dei consumatori) a giustificare il potere del giudice. In questa prospettiva, la soluzione maggiormente coerente con il sistema sembrerebbe quella di consentire il rilievo officioso della nullità di protezione poiché, sebbene tale invalidità sia ispirata a una esigenza di protezione del contraente debole, essa realizza anche un interesse pubblico che trascende quello del singolo consumatore legittimato ad agire. La posizione di inferiorità, anche processuale, in cui si trova il consumatore rispetto alla controparte professionista consente di concepire l'intervento autoritativo del giudice come il mezzo necessario ad assicurare che il processo non si traduca in una ulteriore occasione di pregiudizio per quello. Da qui discende l'ulteriore esigenza di assicurare che l'esercizio del potere giudiziale di rilevazione avvenga in coerenza con i principi del diritto processuale civile. Pertanto, la nullità deve essere segnalata dal giudice al consumatore solo se risulta dagli atti acquisiti al giudizio, ai sensi dell'art. 115 c.p.c., nel rispetto del principio della domanda *ex art. 99 c.p.c.* e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato *ex art. 112 c.p.c.*. Sul tema si vedano, tra gli altri, i contributi di: R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Tratt. Grosso e Santoro Passarelli*, IV, II, Milano, 1980, p. 244 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 613 ss.; S. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, 3, p. 341 ss.; S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 4, p. 690 ss..

³¹ Sul punto, si rinvia a S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle*

Un importante chiarimento anche su questo punto è stato offerto dalle Sezioni Unite del 2014.

I giudici, muovendo dalla considerazione secondo cui ogni limitazione alla rilevanza officiosa della nullità deve essere espunta dall'ordinamento, ne concludono che ciò valga anche per le nullità di protezione.

Al problema della compatibilità tra i poteri officiosi del giudice *ex art 1421 c.c.* e le nullità di protezione le Sezioni Unite dedicano un lungo *obiter dictum*, nel tentativo di chiarire come la specialità che caratterizza queste ultime, rispetto alla nullità contrattuale classica, si riproduce non solo sulla disciplina sostanziale, ma anche su quella processuale.

Nella riflessione delle Sezioni Unite sono evidenti, oltre che espressamente richiamati, gli approdi della giurisprudenza europea in materia di clausole abusive nei contratti dei consumatori, atteso che – come già illustrato – la Corte di Giustizia è stata la prima a predicare il riconoscimento, in capo al giudice, non semplicemente di una facoltà, ma di un vero e proprio dovere di rilevare d'ufficio la nullità della clausola vessatoria, al fine di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale del consumatore, quale contraente debole.

Il potere di intervento del giudice viene, dunque, a costituire uno strumento necessario a evitare che il processo finisca per tradursi in una ulteriore occasione di pregiudizio per il soggetto debole, il quale, al suo interno, dovrebbe, invece, trovare concreta tutela³².

Sezioni Unite: "Eppur si muove", cit., p. 878 ss.. Come è noto, per nullità virtuali si intendono quelle fattispecie nelle quali l'interprete assume la nullità del contratto, pur in assenza di una norma che la dichiari espressamente, in forza di uno dei criteri di cui all'art 1418, commi 1 e 2. La nullità virtuale pone, dunque, il problema di individuare un criterio che indichi quando, alla violazione di una norma imperativa, consegua la nullità del contratto, e quando, invece, operi un altro rimedio o anche nessun rimedio. Sul punto, una recente sentenza delle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Corr. giur.*, 2008, 2, p. 223 ss., con nota di V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*; in *Contr.*, 2008, 3, 221 ss., con nota di V. SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*) ha precisato che, in mancanza di una espressa indicazione della legge, la violazione di un obbligo determina la nullità se tale situazione incide sulla struttura e sugli elementi essenziali del contratto, mentre genera responsabilità se l'obbligo incide sul comportamento delle parti. Così statuendo, le Sezioni Unite hanno sancito il «principio di separazione tra "regole di validità" e "regole di comportamento"». Sulle criticità della sovrapposizione tra il problema della nullità virtuale e il principio di separazione tra regole di validità e regole di comportamento, si veda G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contr.*, 2009, 7, 732 ss., secondo il quale, la soluzione di far conseguire o meno, alla violazione di obblighi legali di informazione, la sanzione della nullità *ex art 1418 c.c.*, comma 1, dipende da considerazioni di vario genere (quali la configurabilità di un rimedio invalidatorio diverso o di un rimedio risarcitorio), ma non può essere argomentata con la mera affermazione che gli obblighi di informazione costituiscono delle regole di comportamento e che, per questa ragione, la loro violazione non può essere sanzionata con la invalidità del contratto. In generale, sul tema della nullità virtuale, si vedano anche: G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. critica di dir. priv.*, 1985, p. 435 ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 79 ss.; G. FACCI, *La nullità virtuale del contratto e la violazione del principio di buona fede*, in *Contr. e impr.*, 2012, 6, 1415 ss..

³² Secondo I. PRISCO, *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012, p. 147 ss., due sono le ragioni per le quali la regola della rilevanza d'ufficio della nullità costituisce espressione del principio di effettività della tutela. Da un lato, acquista rilevanza la situazione di debolezza processuale della parte debole, "la quale potrebbe non avere consapevolezza degli strumenti

Giova ricordare che, dal punto di vista sostanziale, anche la rilevabilità officiosa delle nullità di protezione trova fondamento nel tipo di interesse a queste sotteso, trattandosi di nullità a carattere “ancipite”, sotto il profilo assiologico³³. Le Sezioni Unite ritengono che «*il carattere speciale della nullità non elude l'essenza della categoria della nullità stessa*». Anche le nullità di protezione sono volte, infatti, a tutelare interessi generali, non solo particolari, che coincidono con l'interesse al complessivo equilibrio contrattuale e con il rispetto delle regole di mercato.

La circostanza che la legge preveda la legittimazione ristretta a far valere la nullità di protezione non comporta che l'interesse a essa sotteso vada riqualficato in termini unicamente privatistici e personalistici. In realtà, anche in questi casi, il potere del giudice di rilevare la nullità sarebbe essenziale al perseguimento di interessi pubblicistici che coincidono, persino, con valori costituzionalmente protetti, quali il corretto funzionamento del mercato, ai sensi dell'art 42 Cost., e l'uguaglianza, quantomeno formale, tra contraenti forti e deboli, ai sensi dell'art 3 Cost..

Se, dunque, la *ratio* del rilievo officioso della nullità va individuata anche nella tutela di interessi generali sovraindividuali, come chiarito già nel 2012, allora, tale funzione non potrebbe venire meno persino nel caso delle nullità di protezione. Nelle fattispecie di protezione «*insieme al particolare si tutela comunque un interesse generale, seppure in via indiretta: l'interesse proprio dell'ordinamento giuridico a che l'esercizio dell'autonomia sia*

remediali azionabili”. Dall'altro lato, l'intervento del giudice assume le sembianze di strumento di controllo dell'autonomia negoziale. Se ne conclude, allora, che «in questa prospettiva, il potere-dovere del giudice di dichiarare la nullità d'ufficio più che modularsi rispetto al principio della domanda, così, sembra rappresentare un “correttivo” ad esso, in funzione del riequilibrio processuale tra le parti e, per tal via, della effettività della tutela accordata».

³³ Questo aspetto verrà approfondito nel capitolo successivo del presente lavoro. In questa sede, giova, tuttavia, ricordare che la nullità di protezione è concepita come strumento correttivo dell'assetto contrattuale squilibrato, il quale discende dalla stipulazione di certi contratti in cui una delle parti si trova in una condizione di particolare forza economico-giuridica a svantaggio dell'altra parte. In questa prospettiva, la dottrina maggioritaria ravvisa la *ratio* della nullità di protezione nella esigenza di garantire valori fondamentali dell'ordinamento, che coincidono con interessi di serie o di massa, dei quali la parte debole è portatrice. Si ritiene che questa nuova forma di nullità abbia dato la stura a un nuovo concetto di ordine pubblico, il c.d. ordine pubblico di protezione, poiché prevista da norme di ordine pubblico che non tutelano un interesse meramente generale della collettività, bensì tutelano alcuni soggetti, in quanto appartenenti a determinati gruppi sociali caratterizzati da una situazione di particolare debolezza e che, quindi, necessitano di una specifica protezione da parte dell'ordinamento. In questo senso, l'introduzione delle nullità di protezione mette in crisi la classica distinzione tra pubblico e privato nella cura degli interessi sottesi alle invalidità negoziali. Si tratta, invero, di patologie che innovano profondamente la nozione di interesse pubblico, la quale assume, oggi, carattere metaindividuale, tanto da ritenere che la natura pubblica o privata dell'interesse non costituisca più un sicuro *discrimen* tra nullità e annullabilità. In materia, si vedano gli studi di: V. ROPPO, *La nuova disciplina della clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, I, p. 277 ss.; G. VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 2, p. 313 ss.; G. PASSAGNOLI, *Fonti europee, successione di leggi e rapporti contrattuali pendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 1, p. 29 ss.; S. MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata nel mercato interno. Le regole. L'informazione come strumento*, in *Eu. e dir. priv.*, 2005, I, p. 257 ss.; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Napoli, 2011, p. 33 ss..

corretto, ordinato e ragionevole».

Si osserva che il bilanciamento tra le regola del rilievo d'ufficio della nullità e il principio dispositivo troverebbe un punto di equilibrio nella esigenza di riconoscere al giudice un potere di controllo e di conformazione dell'autonomia privata, soprattutto nei casi di contratti asimmetrici, al fine di assicurare il rispetto anche del predetto interesse generale sotteso alle nullità di protezione.

In considerazione di ciò, le Sezioni Unite superano l'impostazione tradizionale, secondo la quale al giudice sarebbe preclusa la possibilità di indagare sulla nullità di protezione. Al contrario, è stato osservato come la nullità di protezione costituisca un istituto rimediabile che, essendo diretto a prevenire o sanzionare l'abusivo esercizio del potere negoziale da parte del contraente forte, riconosce al giudice un potere attivo di controllo del regolamento contrattuale³⁴.

Nello spostare l'attenzione sul problema del rapporto tra rilevazione officiosa e legittimazione riservata dal piano sostanziale al piano processuale, la tesi della compatibilità tra le due regole conduce le Sezioni Unite a prospettare una scomposizione del ruolo del giudice.

Si afferma che *«la quaestio nullitatis, intesa nella sua più generale portata, si presti a differenti valutazioni, a seconda che di essa ci si limiti alla semplice rilevazione ovvero si proceda alla sua dichiarazione a seguito di accertamento giudiziale»*. In tal modo, le Sezioni Unite delineano una interessante distinzione tra le due fasi processuali della “rilevazione” e della “dichiarazione” della nullità, poiché nelle nullità speciali – e qui si divarica la disciplina rispetto alle nullità generali – l'attività di rilevazione e quella di dichiarazione a seguito di accertamento giudiziale non coincidono. Mentre la rilevazione del vizio genetico è sempre obbligatoria per il giudice, la sua dichiarazione non è, invece, sempre necessaria, ove ricorra

³⁴ Osserva sempre I. PRISCO, *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, cit., p. 149 ss. che le nullità di protezione «testimoniano il definitivo superamento del dogma dell'autonomia privata, a favore di un'autonomia “controllata” e “conformata” rispetto al sistema valoriale dell'ordinamento». L'Autrice muove dall'assunto secondo cui, la disciplina consumeristica risponde a un principio di ordine pubblico costituzionale «che si traduce in disposizioni tese al ripristino della eguaglianza nei rapporti interprivati e nel divieto di abuso del potere negoziale da parte del soggetto economicamente più forte». Ne consegue che il potere dei privati di disporre della propria sfera giuridica, sul piano processuale e sostanziale, in tanto è tutelato dall'ordinamento, in quanto realizza quei principi costituzionali. In questa prospettiva, «al giudice è demandato un controllo di legalità degli atti di autonomia privata», il cui esercizio deve essere coordinato con il principio processuale della domanda, che costituisce espressione, nel processo, proprio dell'autonomia privata. Sul punto, si vedano anche le considerazioni di L. DELLI PRISCOLI, *Rilivabilità d'ufficio delle nullità di protezione, contraente “debole” e tutela del mercato*, in *Giurisp. comm.*, 2015, 5, 978, il quale osserva che il principio dell'autonomia negoziale, nell'attuale sistema costituzionale, non ha più un rilievo preminente, bensì è tutelato in via meramente indiretta, come strumento della libertà di iniziativa economica e, soprattutto, incontra precisi limiti. L'autonomia contrattuale dei privati deve svolgersi conformemente alla utilità sociale e nel rispetto di vincoli diretti a evitare un esercizio abusivo della stessa, in vista della tutela dei contraenti più deboli.

una nullità di protezione.

L'apparente contraddizione tra i due opposti interessi sottesi alla nullità di protezione trova così composizione nel passaggio, di stampo processuale, dall'attività di rilevazione/indicazione all'attività di dichiarazione.

Il punto merita di essere approfondito, perché è quello che maggiormente riecheggia le riflessioni della giurisprudenza europea.

Con riguardo all'attività di rilevazione, le Sezioni Unite richiamano i principi sanciti dalla Corte di Giustizia in tema di clausole abusive, laddove si predica il carattere necessario di quello che viene definito il potere-dovere di rilevazione officiosa della nullità. In questa prospettiva, coerentemente con la natura ancipite delle nullità di protezione, appare ragionevole osservare che *«l'omessa rilevazione officiosa della nullità finirebbe per ridurre la tutela di quel bene primario consistente nella deterrenza di ogni abuso in danno del contraente debole»*.

Quanto alla fase della dichiarazione, le Sezioni Unite sottolineano che tale potere giudiziale, il cui fondamento viene ravvisato in molteplici disposizioni, quali l'art. 183, comma 4, c.p.c., l'art. 101, comma 2, c.p.c., l'art. 34 c.p.c., non è, però, del tutto privo di limiti. Al contrario, poiché il rilievo officioso della nullità è essenziale al perseguimento di interessi generali e costituzionalmente rilevanti, allora, se ne deduce che esso incontri un limite proprio nell'interesse del contraente debole, ossia del soggetto legittimato ad agire.

Il giudice in tanto è tenuto a rilevare d'ufficio la nullità di protezione, in quanto ciò corrisponda all'interesse del consumatore, al fine di evitare che la controparte professionista possa sollecitare i poteri giudiziari per un interesse suo proprio, ma non rientrante nel raggio di tutela della previsione normativa di quel rimedio.

Nell'enunciare la compatibilità tra il regime della rilevazione officiosa delle nullità e la legittimazione riservata, la Suprema Corte mutua, dunque, la posizione della Corte di Giustizia, la quale, da tempo, ammette la rilevabilità d'ufficio della abusività, salvo che la parte protetta non si opponga.

La soluzione prospettata dalle Sezioni Unite si gioca su un principio fondamentale del processo civile: a fronte dell'estensione del potere-dovere giudiziale in tema di nullità negoziale, si è reso necessario garantire al massimo il principio del contraddittorio sulla nullità rilevata. La instaurazione del contraddittorio sulla *quaestio nullitatis* rappresenta uno strumento idoneo a contemperare il diritto di difesa delle parti con il potere-dovere del giudice di segnalare la nullità del contratto, accertata sulla base degli atti prodotti in giudizio³⁵.

³⁵ Sul tema, si vedano le considerazioni di: S. MENCHINI, *Le Sezioni Unite fanno chiarezza sull'oggetto dei*

Tanto viene assicurata la protezione a vantaggio della parte debole del contratto, che quest'ultima si vede riconosciuta la possibilità, una volta indicata il profilo di vizio, di manifestare opposizione alla declaratoria della nullità, ove preferisca o ritenga più conveniente la conservazione del contratto o della clausola, benché invalido. La parte debole mantiene sempre «*la facoltà di non avvalersene, chiedendo che la causa venga decisa nel merito*».

La nullità di protezione si configura, così, come un rimedio «*nella costante disponibilità della parte*», poiché il suo rilievo officioso mira a realizzare il solo interesse della parte debole, in modo da evitare che quel potere possa essere strumentalizzato dallo contraente.

È evidente, dunque, il riferimento alla giurisprudenza europea che, soprattutto nel caso *Pannon* – come visto - valorizza l'interesse della parte debole del contratto, ammettendo la declaratoria di nullità della clausola abusiva solo quando, con riferimento alle circostanze concrete, essa operi effettivamente a vantaggio del consumatore.

In tal modo, il soggetto protetto, attraverso la collaborazione con il giudice, finisce per diventare arbitro degli esiti del giudizio, al fine di evitare che nel processo si possa riprodurre quella situazione di asimmetria contrattuale in cui, a livello sostanziale, è stato stipulato il contratto. Correlativamente, sarebbe inibito, alla controparte e al giudice, in mancanza di una manifestazione di volontà conservativa del soggetto debole, effettuare qualsivoglia sindacato sulla maggiore o minore convenienza, per quest'ultimo, del contratto viziato.

Per questo motivo, assume rilevanza centrale il momento della formazione del contraddittorio sulla questione della nullità: la rilevazione officiosa della nullità mira a garantire al contraente protetto di prendere coscienza del vizio contrattuale e di potersi autodeterminare rispetto ad esso, scegliendo di esercitare la facoltà di opposizione riconosciutagli al fine di riequilibrare l'asimmetria contrattuale e, di riflesso, processuale creata dal negozio impugnato. Solo in tal modo, il contraente debole è in grado di esprimere un “consenso informato” rispetto alle sorti del contratto.

Si può concludere, dunque, che il principio del contraddittorio sia funzionale a garantire l'effettività della tutela riservata dalla legge alla parte debole del contratto, consentendo di

*giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto, in Nuovi quaderni del Foro italiano, 2015, 2, p. 1 ss.; I. PAGNI, Nullità del contratto – Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite, cit., p. 70 ss.. In particolare, attenta dottrina rileva come al giudice sia stato affidato un ruolo innovativo, caratterizzato da prerogative quasi “manageriali”, nella convinzione che l'attivismo giudiziale e la sua «ingerenza nel rapporto processuale tra le parti risponde all'esigenza di ristabilire l'equilibrio tra posizioni diseguali e garantire l'effettività del diritto». Così si esprimono V. ZENO-ZENCOVICH, M.C. PAGLIETTI, *Il diritto processuale dei consumatori. L'influenza del diritto dei consumi sul diritto processuale (postilla a Calais-Auloy, 20 anni dopo)*, Milano, 2009, p. 22 ss..*

assicurare, nella collaborazione con il giudice, il ripristino della eguaglianza nei rapporti tra privati e di eliminare le conseguenze dell'abuso del potere negoziale da parte del soggetto economicamente più forte.

Una volta che il giudice abbia assolto al predetto dovere di rilevazione, si possono, allora distinguere, a livello processuale, due situazioni diverse.

Può accadere, innanzitutto, che il soggetto debole formuli domanda di accertamento della nullità rilevata e indicata dal giudice: in tal caso, quest'ultimo procede a dichiarare la nullità (o la non nullità), all'esito dell'accertamento, nel dispositivo della sentenza.

Se, invece, la parte protetta dalla nullità manifesta espressamente la volontà di non far valere la nullità di protezione, o meglio, non formula una domanda di accertamento della stessa, allora, il giudice deve decidere la controversia come se la nullità non sussistesse, in modo da assicurare al massimo l'interesse del contraente debole.

Quest'ultimo costituisce uno dei passaggi più delicati e problematici della sentenza.

Un primo dato rilevante che si ricava da tale statuizione è che, nei casi di nullità di protezione, differentemente dalle ipotesi prospettabili per una nullità classica, non opera la c.d. dichiarazione (solo) in motivazione, appunto perché il giudice è tenuto a rilevare la nullità, ma non la dichiara, poiché manca la domanda di parte in tal senso. Viceversa, in presenza di apposita domanda formulata dalla parte, la nullità è dichiarata normalmente nel dispositivo.

Quindi, la rilevazione officiosa della nullità di protezione diventa giudicato solo in presenza della domanda della parte tutelata dalla nullità. L'anomala categoria del “giudicato facoltativo senza domanda” prospettata per la nullità classica non opera, quindi, per le nullità di protezione, contrastando con la *ratio* a queste sottesa.

Un secondo dato importante, di stampo più prettamente sostanziale, attiene alla presa d'atto che la nullità di protezione sia, a pieno titolo, riconducibile nella categoria della nullità. Essa, infatti, garantendo la tutela del consumatore, mira a realizzare l'interesse più generale al corretto funzionamento del mercato. Il legislatore ha scelto di tutelare il consumatore con la nullità, anziché con l'annullabilità, proprio perché, come in tutte le fattispecie di nullità, anche qui c'è un interesse pubblico alla base: quello a che i contratti asimmetrici vengano stipulati secondo le regole di correttezza poste dalla legislazione consumeristica. Solo che tale interesse pubblico coincide con l'interesse del contraente più debole, poiché, dalla protezione di quest'ultimo, discendono effetti benefici per l'intera comunità, sotto il profilo della tutela della concorrenza. Si ritiene, infatti, che un mercato in cui i consumatori sono adeguatamente protetti sia un mercato più virtuoso ed efficiente, a vantaggio dell'intera comunità.

3.1 (segue) Le questioni giuridiche lasciate aperte dalle sentenze delle Sezioni Unite del 2014.

Numerose sono le questioni legate al tema della rilevazione della abusività di una clausola contrattuale rimaste irrisolte dopo le sentenze gemelle delle Sezioni Unite del 2014.

Come si è già evidenziato, le Sezioni Unite, nel sottoporre anche le nullità di protezione al regime della rilevazione officiosa, prendono atto della riconducibilità di queste figure nella categoria generale del rimedio “nullità”, poiché pur sempre preposte alla tutela finale di un interesse più generale, che trascende quello del singolo consumatore.

Ciò nondimeno, la nullità di protezione sembra atteggiarsi come un rimedio con caratteristiche peculiari, come emerge, prima di tutto, dalla considerazione che, in mancanza di domanda di accertamento del consumatore, il giudice decide la controversia senza dichiarare la nullità, neppure in motivazione; si evita così la formazione di un giudicato implicito sulla “non nullità” del contratto³⁶.

Questa considerazione apre le porte, tuttavia, al problema della corretta qualificazione del comportamento del consumatore, il quale si opponga, invece, alla dichiarazione della nullità rilevata dal giudice.

È discussa, in dottrina, la qualificazione giuridica di siffatta opposizione del consumatore: non è chiaro, cioè, se questa vada considerata una mera rinuncia alla azione di nullità ovvero se si sia alla presenza di una sorta di convalida endoprocessuale del contratto³⁷.

³⁶ Sulla esatta qualificazione giuridica del concetto di “giudicato implicito” non vi è unanimità di vedute in dottrina. A fronte della tesi di coloro che ritengono di essere in presenza di una mera preclusione extraprocessuale sulla nullità del contratto, vincolante per le sole parti del primo giudizio (cfr. C. CONSOLO, F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, cit., p. 229 ss.), si contrappone una diversa tesi, maggioritaria: parte della dottrina considera la nozione in esame una vera e propria ipotesi di giudicato, coerentemente con la nozione ampia dell'oggetto del giudizio di impugnativa negoziale accolta dalle Sezioni Unite del 2014 (cfr. I. PAGNI, *Nullità del contratto – Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, cit., p. 74 ss.).

³⁷ Così pone la questione S. PAGLIANTINI, *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime incomprensioni interpretative*, in *Pers. e merc.*, 2015, 2, p. 216. Lo stesso Autore, già prima dell'arresto a Sezioni Unite del 2014, aveva osservato che, in tema di clausole vessatorie, si potrebbero ipotizzare due situazioni: «a) una (valida e vincolante) *rinuncia*, allorquando si profila una condotta dismissiva-abdicativa, col risultato che, sebbene la clausola *nulla* non venga sanata e resti perché *nulla* improduttiva di effetti, il consumatore neanche la potrà più impugnare; b) una convalida, ove il consumatore provveda invece a emendare il vizio, immaginando così un atto la cui causa consiste in una sanatoria in senso stretto. Convalida che poi potrà essere pure *parziale*, giacché, dinanzi a più clausole vessatorie, autonome e parimenti viziate, il validarne volontariamente alcune non importa certo una *rinuncia*

Ben diverse sono le conseguenze che si riconnettono all'una o all'altra opzione interpretativa. Nel caso della rinuncia, la nullità del contratto, pur permanendo, non potrebbe più essere fatta valere dal consumatore, in coerenza con il principio del *nemo venire contra factum proprium*. Nel caso della convalida, invece, la clausola nulla finirebbe per vedersi attribuiti effetti giuridici in virtù di una sostanziale sanatoria.

La questione appare particolarmente delicata ove si consideri il fatto che essa si intreccia con un'altra connessa e rilevante questione interpretativa: quella relativa alla possibilità di sanare un contratto affetto da nullità (speciale)³⁸.

La dottrina è, da sempre, divisa su questo punto.

Un primo orientamento³⁹, muovendo dall'assunto dal carattere relativo dell'azione di

a impugnare le rimanenti» (così sempre S. PAGLIANTINI, *I tratti diafani della nullità contrattuale in cassazione: a proposito della rinuncia preventiva al gravame e di nullità parziale ope iudicis*, in *Contr.*, 2012, 10, p. 848 ss.).

³⁸ Tale questione si inserisce nel più generale filone di indagine volto a comprendere quale sia il regime delle nullità di protezione con riferimento a quei profili di disciplina che non siano espressamente previsti dal paradigma dell'art 36 cod. cons.. Si ricorda che l'art. 36 cod. cons., significativamente rubricato "Nullità di protezione", viene considerato espressione del paradigma di tutte le nullità con finalità protettive, come quelle previste dal legislatore in materia di immobili da costruire, in materia bancaria, in materia di intermediazione finanziaria. La disposizione in esame sancisce la nullità delle clausole vessatorie, cioè di quelle clausole che producono un significativo squilibrio tra le parti, stabilendo che il contratto rimane, invece, valido per il resto. Il secondo comma della disposizione prospetta poi una elencazione delle clausole da considerarsi vessatorie. Mentre il comma terzo aggiunge che tale nullità opera a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice. Dalla lettura dell'art. 36 cod. cons. emerge, dunque, come il regime delle nullità di protezione si differenzi da quello della nullità codicistica per tre profili essenziali. In primo luogo, la parzialità, atteso che la nullità colpisce la sola clausola vessatoria, non l'intero contratto, diversamente dalla regola dettata dall'art. 1419 c.c.. In secondo luogo, la legittimazione, che nella nullità di protezione è relativa, operando il rimedio a solo vantaggio del consumatore, mentre l'art. 1421 c.c. prospetta una legittimazione assoluta, aperta a chiunque vi abbia interesse. Infine, la nullità di protezione può derogare alla natura attizia della nullità classica, ogniqualvolta le clausole siano state il frutto di una trattativa individuale: in tal caso, il combinato disposto degli artt. 36 e 34 cod. cons. esclude la declaratoria di nullità, mostrando una contaminazione della nullità di protezione con il profilo comportamentale. Stante questo regime, il problema della esatta messa a fuoco della disciplina delle nullità di protezione si pone per tutti quei profili non espressamente previsti dalla legge: si pensi al tema della prescrizione, della natura della sentenza e, appunto, della sanatoria. In tutti questi casi, si tratta di stabilire se possa trovare applicazione la disciplina generale della nullità codicistica ovvero se vada invocata la diversa disciplina della annullabilità. Il tema della sanatoria, o meglio, del "recupero" del contratto nullo, in particolare, risulta di grande attualità, soprattutto alla luce di recenti pronunce di legittimità, che sembrano rivedere l'orientamento tradizionale, ipotizzando la possibilità di conservare il vincolo contrattuale affetto da nullità attraverso modalità successive alla stipulazione. Si pensi al riguardo, alla recente sentenza delle Sezioni Unite in materia bancaria (Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2018, m. 898, in *Pers. e merc.*, 20 gennaio 2018; in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2018, 3, p. 275 ss., con nota di A. MIRONE, *Le Sezioni Unite e il contratto c.d. mono-firma*) o alla sentenza, sempre delle Sezioni Unite, in materia locatizia (Cass., Sez. Un., 9 ottobre 2017, n. 23601, in *Pers. e merc.*, 13 novembre 2017; in *Contr.*, 2018, 1, p. 25 ss., con nota di F. GIGLIOTTI, *Riflessi civilistici della (mancata) registrazione del contratto di locazione, tra nodi problematici ed esigenze di sistema*).

³⁹ In tal senso, tra gli altri, si vedano: S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 12 ss.; C. PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002, p. 242 ss.; S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, p. 153 ss.; ID., *La nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida*, in *Pers. e merc.*, 2009, I, p. 28 ss.; G. D'AMICO, *Nullità virtuale-Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, cit., p. 742 ss.; M. GIROLAMI, *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus nel sistema dell'invalidità negoziale*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, p. 73 ss..

nullità, ritiene che da questo discenda, come logica conseguenza, la possibilità di conservare il contratto: il mancato esperimento dell'azione ovvero l'opposizione al rilievo officioso consentirebbero al consumatore di ottenere la formazione del giudicato sulla validità del contratto. In tal modo, il consumatore disporrebbe di uno strumento processuale idoneo a conseguire gli stessi effetti sostanziali dell'istituto della convalida. La nullità di protezione non viene dichiarata nel dispositivo della sentenza, “come se” il contratto fosse valido.

Questo orientamento poggia, dunque, sulla correlazione logica tra il concetto di relatività dell'azione e il concetto di sanabilità del contratto: poiché la nullità di protezione può essere fatta valere con un'azione caratterizzata dalla relatività della legittimazione a favore del contraente debole, allora, sarebbe ben possibile riconoscere a quest'ultimo anche la scelta in ordine all'*an* del rimedio. Allo stesso modo, la rilevazione officiosa della nullità non conduce necessariamente alla declaratoria della stessa, in quanto quel potere giudiziale trova un limite proprio nella volontà del contraente debole che, tramite lo strumento dell'opposizione, conferma il carattere disponibile del rimedio; così agendo, egli può assicurare la conservazione di un contratto che, quantunque nullo, risponde ai suoi interessi⁴⁰.

In questa prospettiva, quindi, relatività e convalidabilità appaiono due aspetti complementari di uno stesso strumento rimediale⁴¹.

Giova ricordare, tuttavia, che, anche tra i sostenitori della tesi in esame, le posizioni si sono divaricate quanto al *modus operandi* di questo meccanismo di convalida. Secondo alcuni, la

⁴⁰ A favore della nullità sanabile si esprime anche M. GIROLAMI, *La nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2015, 2, p. 192 ss, secondo la quale, quando il legislatore prevede una nullità di protezione, elevando il consumatore ad arbitro delle sorti della fattispecie, «la scelta che a questi si concede di non attivare l'invalidità, se scelta deve essere, dovrebbe implicare logicamente anche l'alternativa opposta, ossia quella di avvalersi del negozio così come si presenta». Al tempo stesso, tuttavia, l'Autrice precisa che sebbene la sanabilità della nullità da parte del consumatore realizzi l'interesse dell'ordinamento a che la fattispecie si consolidi in una direzione o in un'altra, è, comunque, necessario che la valutazione circa la volontà sanante del consumatore sia condotta con particolare rigore: ciò in quanto, a seguito dell'esercizio del potere sanante, il soggetto che se ne avvale perde la facoltà di invocare successivamente la nullità, «cancellando di fatto la stessa invalidità e così rinunciando alla tutela che la legge gli offre». E questo resta, senza dubbio, l'aspetto di maggior criticità della tesi in esame.

⁴¹ A sostegno di questa tesi, la dottrina osserva, peraltro, che l'art 1423 c.c., nel vietare la convalida del contratto nullo, fa salve diverse disposizioni di legge, così prospettando una riserva di legge, ma non una riserva espressa. Rileva S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., p. 153 ss., a sostegno della tesi della sanabilità, che «la chiusa eccezzuativa dell'art. 1423 – se la legge non dispone diversamente – si può benissimo spiegare come un'esplicita ammissione della convalidabilità ogni qual volta dal corpo della previsione risulti altrimenti». Non sarebbe, quindi, necessaria alcuna norma che preveda, espressamente, la convalida. Inoltre, la convalida del contratto affetto da nullità di protezione troverebbe fondamento in una interpretazione sistematica dell'art. 143 cod. cons., che sancendo l'irrinunciabilità dei diritti attribuiti al consumatore, consentirebbe di ritenere che il divieto di rinuncia valga per il momento in cui sorgano i diritti, non anche *ex post*. Sul punto si vedano, altresì, le considerazioni di: S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, cit., p. 685 ss.; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010, p. 97 ss.; S. PAGLIANTINI, *La vaghezza del principio di “non vincolatività” delle clausole vessatorie secondo la Corte di Giustizia: ultimo atto?*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 525 ss..

convalida consentirebbe di consolidare effetti contrattuali che si sono già prodotti, come nelle ipotesi di convalida di contratto annullabile.⁴² Altri, invece, sull'assunto della inefficacia del contratto nullo, ritengono che l'istituto in esame consenta al contratto non di produrre effetti identici a quelli di una clausola nata valida, bensì di esplicitare effetti che era *ab origine* incapace di realizzare, assimilando la convalida alla conferma *ex art. 799 c.c.*⁴³.

In ogni caso, la tesi per cui la opposizione del consumatore alla declaratoria di nullità sia equiparabile a una convalida del contratto nullo se, da una parte, appare certamente coerente con la prospettiva volutaristica sottesa all'istituto della nullità di protezione, dall'altra, tuttavia, essa suscita anche perplessità.

Questa soluzione interpretativa appare criticabile sotto molteplici aspetti.

Prima di tutto, questa impostazione non appare coerente con la riconosciuta natura ancipite dell'interesse tutelato dalla nullità di protezione. Quest'ultima – giova ribadirlo - mira ad assicurare protezione al contraente debole e, in via indiretta, per il tramite di questo, tutela anche un interesse più generale al corretto funzionamento del mercato. Ne consegue, allora, che ammettere la sanabilità di quella nullità se, da un lato, garantirebbe una forte protezione all'interesse della parte debole, dall'altro, tuttavia, non assicurerebbe sempre la rilevanza dell'interesse pubblicistico, pur ricadendo questo, del pari, nel raggio protettivo della nullità. In quest'ottica, quindi, la necessità di tutelare adeguatamente anche un interesse superindividuale impone di non poter lasciare l'efficacia del contratto nella assoluta disponibilità del consumatore⁴⁴.

In secondo luogo, la tesi in esame sembra scontare un vizio di impostazione. Attenta dottrina ha rilevato come il problema debba essere affrontato, più correttamente, non sul piano sostanziale, ma su quello processuale⁴⁵.

⁴² In questo senso: S. PAGLIANTINI, *I tratti diafani della nullità contrattuale in cassazione: a proposito della rinuncia preventiva al gravame e di nullità parziale ope iudicis*, cit., 849; S. POLIDORI, *Nullità relative e poteri di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 931 ss.; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 507 ss..

⁴³ Si veda G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, cit., p.740 ss..

⁴⁴ Si rinvia, sul punto, ad A. LA SPINA, *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012, p. 343, la quale esclude la sanabilità del contratto affetto da nullità speciale, osservando come, sul piano assiologico, quello strumento sia giustificabile solo in presenza di un contratto annullabile, non anche nullo. Difatti, il rimedio dell'annullabilità è posto «in via diretta e immediata a tutela di un interesse individuale – e questo giustifica che la efficacia del contratto sia posta nella sua disponibilità – con la nullità (posta a presidio di norme) di protezione la tutela è rivolta, per il tramite della protezione dell'interesse del contraente debole, a valori superindividuali e quindi la efficacia del contratto non può essere rimessa nella sua piena disponibilità».

⁴⁵ Numerose sono le pronunce della Corte di Giustizia – come nei casi *Pannon* e *Martin Martin* - dalle quali emerge come non sia dato desumere alcun effetto sostanziale dal comportamento processuale tenuto dal consumatore, il quale non proponga l'azione di nullità ovvero faccia opposizione al rilievo officioso. Al contrario, «la Corte circoscrive all'interno del processo e sotto la supervisione giudiziale la rilevanza preclusiva della detta “opposizione”. Essa, quindi, manifestamente, presuppone la non significatività di altri precedenti congegni esecutivi del contraente protetto, visti più come effetto della asimmetria che come

Il punto non è tanto se il contratto nullo sia sanabile o meno, bensì se la nullità di protezione possa essere fatta valere da un consumatore che non ha interesse alla caducazione, in quanto non ha subito un reale pregiudizio, poiché il fattore squilibrante è venuto meno ovvero il contratto ha comunque raggiunto il suo scopo. In tali casi, il contratto non può dirsi sanabile in quanto, sul piano prettamente processuale, difetterebbe l'interesse sostanziale del consumatore a far valere la nullità⁴⁶.

L'assunto da cui muove questa impostazione è quello fondato sulla scissione tra il concetto di relatività dell'azione e il concetto di convalida della nullità, afferendo essi a due diversi piani. La relatività dell'azione di nullità è carattere proprio di uno strumento processuale diretto a riservare alla parte tutelata la scelta in ordine all'*an* della attivazione del rimedio caducatorio. La convalida, invece, è un istituto sostanziale diretto a riconoscere effetti giuridici a un contratto formatosi in condizioni patologiche.

Se tale premessa è corretta, ne consegue, allora, che l'opposizione del consumatore alla declaratoria della nullità rilevata dal giudice, lungi dal produrre un effetto sostanziale di convalida, costituisce, al contrario, uno strumento processuale funzionale, unicamente, a evitare una sentenza che sancisca la caducazione del contratto, conducendo alla formazione di un giudicato sulla non nullità dello stesso.

In tal modo, poiché gli effetti della opposizione alla sentenza di nullità sarebbero circoscritti a quel processo, resterebbe ferma, comunque, la possibilità, per il consumatore, di far valere quella nullità in un successivo diverso giudizio, stante, oltretutto, il carattere

consapevole acquiescenza alla medesima». Se ne conclude, quindi, che resta «impregiudicata la possibilità che tale contegno assuma rilevanza esclusivamente processuale, senza produrre alcun effetto sanante della nullità, che potrebbe pertanto essere fatta valere in un diverso processo e anche in via surrogatoria». Così G. PASSGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Pers. e merc.*, 2012, 1, p. 24 ss.).

⁴⁶ Tanto l'inerzia del consumatore legittimato all'azione, quanto la spontanea esecuzione del contratto affetto da nullità da parte del consumatore non conducono alla convalida del contratto. Un'autorevole dottrina osserva anzi: «Il fatto poi che nelle nullità di protezione il contraente protetto possa anche decidere di non far valere la nullità non può essere valutato quale indice di convalida o sanatoria, ma più semplicemente come conseguenza della modalità assiologica della possibilità connotativa di ogni azione autorizzata dal diritto». La carenza di interesse ad agire può essere, quindi, desunta anche da un comportamento stragiudiziale, come la spontanea esecuzione del contratto, oppure dall'inerzia del soggetto legittimato all'azione di nullità; ma tale comportamento, lungi dal determinare la convalida del contratto, comporta, piuttosto, la rinunzia all'azione (così V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità. Le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 6, p. 735 ss.). Di conseguenza, ove si accerti che l'interesse tutelato dalla norma violata non abbia subito alcun pregiudizio, l'azione di nullità dovrà essere dichiarata improcedibile per carenza di interesse ad agire «prima ancora di avviare l'indagine sul merito e, quindi, sulla esistenza o meno della nullità (eventualmente rimossa dall'intervenuta convalida)». Tali considerazioni sono di A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, cit., p. 347 ss., la quale, come esempio di fattispecie in cui, nonostante la violazione della norma protettiva, il consumatore non ha subito un autentico pregiudizio, cita i casi in cui la nullità discende dalla mancata indicazione nel contratto di un certo elemento (come una concessione edilizia o una qualificazione energetica in materia edilizia ovvero la fideiussione del venditore in materia di acquisto di immobili da costruire), a cui, tuttavia, non corrisponde la mancanza, nell'oggetto, della qualità che si doveva attestare.

imprescrittibile della relativa azione⁴⁷.

Una soluzione, questa, che appare in linea anche con i più recenti orientamenti della Corte di Giustizia, che – come visto – nel caso *Zambrano*, addirittura, supera il principio del giudicato, consentendo il rilievo officioso della abusività anche in fase esecutiva. A maggior ragione, allora, si dovrebbe ammettere che la precedente opposizione alla declaratoria di nullità non precluda al consumatore di chiederla in un successivo giudizio, stante il carattere meramente endoprocessuale degli effetti di quella opposizione.

Come è stato autorevolmente osservato in dottrina, la soluzione negativa alla qualificazione dell'opposizione in termini di convalida sostanziale del contratto consente di assicurare «*un più elevato grado di effettività*» della tutela degli interessi sottesi alla nullità di protezione; ciò «*nella misura in cui il rischio di una perdurante incertezza sulla validità del contratto viene a costituire (...) un efficace deterrente per la controparte non legittimata all'azione*»⁴⁸.

Oltretutto, il riconoscimento di un effetto sostanziale sanante al comportamento inerte od oppositivo del consumatore finirebbe, paradossalmente, per frustrare proprio l'effetto protettivo derivante della norma violata dal contratto. Non sempre, difatti, il consumatore dispone degli strumenti conoscitivi e informativi necessari a formulare una consapevole richiesta di opposizione. Per cui, se davvero a quest'ultima fossero legati effetti sostanziali di sanatoria, il consumatore, inconsapevole dei propri diritti, finirebbe per non poter fruire della relativa tutela, rimanendo vincolato a un contratto che «*sul piano oggettivo deve ritenersi disapprovato dall'ordinamento in ragione del suo contenuto, oltre che delle circostanze e modalità con le quali si è formato*»⁴⁹.

⁴⁷ In questo senso S. MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2018, 3, p. 1032-1033, il quale esclude che da un comportamento processuale, quale il mancato esercizio di una mera difesa, quella relativa alla *quaestio nullitatis* della clausola, possa desumersi un “intento validativo” di quest'ultima. Anche perché «diversamente opinando, si ricollegerebbero conseguenze non previste dalla legge ad una scelta meramente difensiva del consumatore». Da questa impostazione discende poi una precisa conseguenza processuale. Nei casi in cui il giudizio si estingua o quello stesso rapporto consumeristico divenga oggetto di un successivo diverso giudizio, il consumatore ben potrà adottare una linea difensiva differente rispetto a quella scelta nel precedente giudizio e, quindi, ben potrà far valere il diritto alla declaratoria di nullità della clausola vessatoria (cfr. anche ID., *La rilevanza d'ufficio della nullità condizionata della nullità di protezione: il nuovo “atto” della Corte di Giustizia*, in *Contr.*, 2009, 12, p. 1124 ss.). Negli stessi termini si esprime G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 70, il quale sottolinea «la ragionevolezza della regola secondo la quale la mancata eccezione di nullità non comporta convalida», a maggior ragione quando, come nel caso in esame, «l'interesse finale protetto dalla norma è ancora attuale e non è stato soddisfatto».

⁴⁸ Così G. PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, cit., p. 30, il quale esclude che, sul piano sistematico, la relatività della legittimazione all'azione di nullità possa implicare anche la sanabilità o rinunziabilità della stessa, fatta salva una eccezionale deroga per gli effetti dell'art 1423 c.c..

⁴⁹ Così A. ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 726, il quale ritiene che la regola generale dell'art. 1423 c.c., pur dettata nella logica della nullità classica, sia adeguata a disciplinare anche la sorte della clausole vessatorie, «impedendo che possa acquistare forza

Per questo motivo, si ritiene preferibile che l'eventuale inerzia od opposizione del consumatore, lungi dal produrre la convalida del contratto, miri unicamente a consentire la conservazione di un atto non attualmente lesivo dell'interesse della parte debole, senza, però, precludere, nel contempo, una successiva futura azione di accertamento da parte di quest'ultima.

Non ultimo, diversamente ragionando, si finirebbe per esporre il consumatore all'azione di ripetizione dell'indebito da parte dell'altro contraente, il quale abbia dato esecuzione al contratto nullo; mentre, quel consumatore non potrebbe ripetere quanto prestato⁵⁰.

Per non tacere poi delle ulteriori e connesse questioni interpretative, adombrate, ma non risolte dalle Sezioni Unite del 2014, che deriverebbero dalla adesione alla teoria della convalida.

Se davvero il consumatore disponesse, in sede processuale, di uno strumento con effetti analoghi al potere di convalida, non si capirebbe come potergli assicurare una adeguata tutela nel caso in cui egli rimanga contumace nel giudizio di impugnazione ovvero nel caso in cui, pur costituitosi in giudizio, rimanga silente di fronte alla segnalazione del giudice. Le Sezioni Unite, infatti, non si sono poste il problema della operatività del meccanismo rilevazione/dichiarazione in queste due ipotesi particolarmente delicate e rispetto alle quali mancano indicazioni specifiche da parte della giurisprudenza nazionale ed europea, che non le hanno mai affrontate *funditus*.

Astrattamente, sono possibili due diversi approcci alla questione⁵¹. Da un lato, è possibile aderire a una interpretazione strettamente letterale della direttiva comunitaria, in forza della quale ritenere che il potere del giudice sia limitato alla sola rilevazione officiosa della abusività, in mancanza di una volontà esplicita del consumatore a favore della declaratoria di

vincolante un regolamento negoziale frutto dell'abuso che la norma ha inteso reprimere». L'Autore critica anche la tesi di quella dottrina che ammette la sanabilità della nullità ogniqualvolta la volontà del consumatore non risulti più condizionata dalla debolezza contrattuale che l'ha indotta a contrattare (sul punto si veda, in particolare, M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, p. 455). Tale facoltà andrebbe, invece, esclusa atteso che la convalida stessa può trarre origine proprio da quella situazione di debolezza contrattuale originaria e strutturale, che ha indotto il consumatore a concludere un contratto di per sé svantaggioso. In questo senso, anche A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Tratt. Contratti*, diretto da P. Rescigno, *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II, Torino, 1999, p. 1373.

⁵⁰ Sempre A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, cit., p. 344, mette in luce, per differenza, la non assimilabilità della disciplina dell'annullamento rispetto a quella della nullità di protezione, poiché solo in caso di esecuzione di un contratto annullabile da parte del soggetto legittimato all'azione si versa in una ipotesi di adempimento «di un obbligo sorto in capo allo stesso a seguito del perfezionamento di un contratto efficace»; al contrario, «l'esecuzione spontanea di un contratto nullo (quand'anche si tratti di nullità di protezione a legittimazione limitata) integra, invece, sicuramente un indebito, in quanto il contratto non ha prodotto (quantomeno in capo al contraente protetto) l'effetto vincolante e, quindi, in capo allo stesso non è sorto l'obbligo di adempiere».

⁵¹ Analizza questo aspetto A. TINTO, *Il potere del giudice di rilevazione della nullità di protezione*, in *Dir. del comm. internaz.*, 2011, 2, p. 583 ss..

nullità. Dall'altro lato, tuttavia, si potrebbe tentare una interpretazione che vada oltre la lettera della disposizione: in prospettiva teleologica, al giudice potrebbe essere riconosciuto un potere di sindacato della nullità funzionale ad apprestare adeguata tutela al consumatore, ogniqualvolta questi resti contumace o silente in quanto non consapevole dei suoi diritti ovvero in condizione di non poter sostenere le spese di un giudizio.

Se - come afferma la Corte di Giustizia - «*la tutela prevista a favore dei consumatori (...) si estende ai casi in cui il consumatore si astenga dal dedurre l'abusività di detta clausola poiché ignora i suoi diritti o perché viene dissuaso da farli valere a causa delle spese che un'azione giudiziaria comporterebbe*»⁵², allora, la direttiva necessita, effettivamente, di ricevere un'interpretazione teleologica: in caso di contumacia o silenzio della parte debole il giudice non solo potrebbe rilevare la nullità, ma potrebbe addirittura pervenire a una pronuncia di nullità, ove ciò realizzi l'interesse di quella, coerentemente con la *ratio* dell'istituto del rilevamento officioso della nullità, che è quella di supplire le carenze difensive della parte meno forte.

Il punto, in mancanza ancora di linee guida da parte della giurisprudenza, resta, chiaramente, molto discusso. Ma, certo, alla luce dei principi enunciati dalla Corte di Giustizia, si potrebbe, comunque, tentare di sostenere che se l'effetto delle nullità di protezione approntate dai vari ordinamenti contro le clausole vessatorie è la tutela concreta della parte debole, allora, il silenzio di questa e, forse, anche la sua eventuale contumacia, potrebbero essere interpretati dal giudice come se quella parte avesse voluto la declaratoria di nullità. Il consumatore che sceglie di non avvalersi dello strumento dell'opposizione, a patto che lo faccia consapevolmente, o che, addirittura, decida di non prendere parte al giudizio, farebbe tacitamente acquiescenza rispetto all'operatività del meccanismo di protezione a suo favore; un meccanismo che in tanto esplica i suoi effetti di *favor* per la parte debole, in quanto non venga paralizzato per volontà di questa. Si potrebbe, allora, sostenere di essere alla presenza, in questi casi, di una sorta di “silenzio significativo positivo”, per richiamare in prestito un istituto del diritto amministrativo.

Ma, naturalmente, si tratta di questioni interpretative di evidente complessità e delicatezza, anche perché chiamano in causa la compatibilità con principi fondamentali del processo civile, primi tra tutti, il principio della domanda e il principio del contraddittorio. Per cui sembra affidato, ancora una volta, ai giudici, il compito di tracciare, in relazione alla molteplicità dei casi concreti, una linea guida efficace da seguire.

⁵² Così Corte di Giustizia, 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon*, cit..

3.2 Una nuova frontiera di indagine: riflessione sull'uso “selettivo” della nullità.

Le peculiarità del rimedio della nullità di protezione emergono, in modo evidente, anche con riferimento a un ulteriore profilo di indagine, recentemente analizzato dalla giurisprudenza di legittimità.

Come visto, gli approdi delle Sezioni Unite del 2014 hanno aperto le porte a una fervida fase di rilettura dei rapporti tra la disciplina del contratto e la disciplina del processo. Proprio nell'ambito di questo *restatement* del sistema delle impugnative negoziali, si inserisce un'ulteriore e interessante filone di indagine, che consente di saggiare l'effettività del rimedio dalla nullità di protezione con particolare riguardo al tema della forma.

Benché il profilo in questione non costituisca oggetto centrale del presente studio, tuttavia, ci pare opportuno, in questa sede, accennare alle tendenze evolutive del rimedio in esame, al fine di sottolineare come, sempre più spesso, la nullità di protezione si presti ad essere modellata dagli interpreti, per garantire al contraente debole una tutela concretamente effettiva.

L'occasione per una stimolante riflessione è offerta da una serie di recenti sentenze della Corte di Cassazione, le quali hanno affrontato la questione dell'utilizzo selettivo della nullità da parte del contraente debole. In particolare, le sentenze in parola fanno riferimento ai contratti di intermediazione finanziaria, ma la medesima questione si presta a venire in considerazione ogniqualvolta si discuta della efficacia e della incisività dell'istituto protettivo con particolare riferimento alle funzioni della forma, come in materia di contratti bancari⁵³.

La prima sezione della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la questione della portata applicativa della sentenza che dichiara la nullità del contratto-quadro per difetto di forma, *ex art. 23 T.U.F.*⁵⁴: ci si chiede se l'investitore, quale soggetto legittimato ad agire, in

⁵³ Cfr. Cass., 4 giugno 2018, n. 14243, in *Giust. civ. Mass.*, 2018; Cass., 18 giugno 2018, n. 14646, in *Giust. civ. Mass.*, 2018.

⁵⁴ Cass., 2 ottobre 2018, n. 23927, in *www.personaemercato.it*. Il tema esaminato dalla presente ordinanza è strettamente legato alla questione della validità dei contratti di investimento c.d. monofirma, in quanto sottoscritti dal solo investitore, non anche dall'intermediario, tema che è stato recentemente affrontato dalle Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Contr.*, 2018, 2, p. 133 ss., con nota di G. D'AMICO, *La “forma” del contratto-quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus*; in *Giur. it.*, 2018, 3, p. 568 ss., con nota di C. COLOMBO, *La forma dei contratti quadro di investimento: il responso delle Sezioni Unite*, e di A. DI MAJO, *Contratti di investimento mobiliare: il “balletto” delle forme*). Tanto è vero che la prima sezione, nell'ordinanza richiamata, rileva che un corretto esame della questione dell'uso selettivo della nullità impone di affrontare due aspetti logicamente consequenziali: in primo luogo, va risolta la questione a monte, concernente l'eventuale nullità del contratto-quadro recante la firma del solo investitore; in secondo luogo, si può porre l'ulteriore questione relativa alla ammissibilità e non contrarietà a buona fede della c.d. nullità selettiva.

quanto parte debole, possa fare un uso “selettivo” del rimedio, chiedendo al giudice di limitare le conseguenze della sentenza di nullità solo ad alcuni dei contratti attuativi del contratto-quadro invalido per difetto di forma, escludendo che la patologia si estenda a colpire tutte le altre operazioni contrattuali poste in essere nel corso del rapporto di intermediazione finanziaria.

È di tutta evidenza come il problema appena tratteggiato sia di grande delicatezza e importanza, perché intreccia temi specifici della disciplina della intermediazione finanziaria con la disciplina generale della nullità del contratto, anche sotto il profilo processuale; ma, soprattutto, perché apre un nuovo fronte di indagine sul *modus operandi* di questo peculiare rimedio.

Benché il tema sia di recente emersione, la giurisprudenza appare già divisa sulla soluzione da prospettare, discutendo in ordine alla ammissibilità di un uso selettivo del rimedio.

A favore di questa possibilità, si registra un'unica esplicita sentenza della Corte di Cassazione, la quale, pur argomentando la propria posizione in modo scarno, ritiene pienamente conforme all'ordinamento l'uso selettivo della nullità, sulla base di tre aspetti⁵⁵.

I giudici rilevano, innanzitutto, che la nullità formale in esame presenta la stessa natura giuridica di ogni altra fattispecie di invalidità, sull'assunto che il requisito della forma scritta *ad substantiam* per il contratto-quadro non sia in grado di determinare una modificazione della qualificazione giuridica della invalidità derivante dall'inosservanza di quell'elemento.

Oltretutto, non vi sarebbero dubbi in ordine alla qualificazione della nullità *ex art. 23 T.U.F.* come nullità di protezione, cioè come rimedio posto a tutela della parte debole del contratto. Tanto è vero che tale invalidità è rilevabile dal solo investitore, proprio perché il requisito della forma scritta è espressione del c.d. neoformalismo, cioè di un utilizzo della forma in funzione di protezione dell'investitore, a garanzia della trasparenza e, quindi, della intellegibilità e della chiarezza del contenuto del regolamento contrattuale.

Non ultimo, secondo la sentenza in esame, la possibilità avvalersi del rimedio in modo selettivo esprimerebbe la normale modalità di esercizio dell'azione di nullità di protezione, cioè sarebbe strutturalmente connaturata alla stessa, garantendo la soddisfazione dell'interesse concreto dell'investitore, per come emergente dal giudizio⁵⁶.

⁵⁵ Il riferimento è a Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, in *Contr.*, 2016, 12, p. 1098 ss., con nota di S. GIULIANI, *Nullità del contratto quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario e abuso del diritto*; in *Corr. giur.*, 2016, p. 1110 ss., con nota di A. TUCCI, *Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*.

⁵⁶ In tal senso, si veda anche U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità “selettive”*. *A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2017, 6, p. 828 ss., il quale osserva che la categoria di nullità che viene qui in rilievo è, effettivamente, quella della nullità di protezione *ex art. 36 cod. cons.* (ma analoghe considerazioni valgono per la nullità protettiva *ex art. 127*

Alla luce di queste considerazioni, dunque, la giurisprudenza in esame conclude nel senso che «*l'investitore ex art. 99 e 100 cod. proc. civ. può selezionare il rilievo della nullità e rivolgerlo agli acquisti (o più correttamente ai contratti attuativi del contratto quadro) di prodotti finanziari dai quali si è ritenuto illegittimamente pregiudicato, essendo gli altri estranei al giudizio*».

Naturalmente, una soluzione di questo genere può destare e sta destando perplessità, nella dottrina e nella giurisprudenza, poiché la possibilità di usare in modo selettivo l'azione di nullità, sia pure nel solo contesto delle nullità di protezione, può nascondere il rischio di abusi.

Secondo un diverso orientamento⁵⁷, infatti, l'uso selettivo della nullità per mancanza del requisito formale andrebbe escluso radicalmente, in quanto si presterebbe a usi opportunistici da parte dell'investitore e, nel contempo, si tradurrebbe in una sanzione eccessiva per l'intermediario. Avvalendosi di questa modalità di esercizio della nullità, l'investitore potrebbe tentare di selezionare le operazioni non andate a buon fine, con lo scopo di limitare gli effetti della nullità, in particolare quelli restitutori, ai soli investimenti in perdita, mantenendo, invece, quelli effettivamente remunerativi.

Sicché – si ritiene – lasciare nelle mani dell'investitore la possibilità di articolare a suo piacimento le modalità di utilizzo del rimedio invalidatorio nasconderebbe il rischio di aprire a un impiego distorto dello strumento protettivo, in contrasto con le finalità di riequilibrio sottese allo stesso.

L'uso selettivo degli effetti della nullità di protezione viene, dunque, inquadrato da molti nelle ipotesi di esercizio abusivo del diritto, poiché consentirebbe di operare una scissione delle conseguenze della nullità determinata dalla struttura del contratto-quadro, con conseguente frazionamento di un rapporto economico unitario.

Tanto è vero che i sostenitori dell'orientamento in parola, proprio al fine di scongiurare l'eventualità che venga riconosciuto rilievo giuridico a una condotta espressiva di abuso, riconoscono all'intermediario la possibilità di tutelarsi con una *exceptio doli*, diretta a

T.U.B. e ex art. 23 T.U.F.), che intratterrebbe «con la dinamica della “selettività” un rapporto non certo occasionale, bensì proprio strutturale. È infatti la nullità di protezione, e non altre, che rende la dinamica selettiva anche solo astrattamente ipotizzabile. Fuori dalla categoria, il tema semplicemente non si dà».

⁵⁷ In giurisprudenza, si vedano: Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.; Cass., 24 aprile 2018, n. 10116, in *www.ilcaso.it*; Cass., 27 maggio 2017, n. 12390, in *www.ilcaso.it*; Trib. Torino, 7 marzo 2011, in *Corr. merito*, 2011, p. 699 ss.. In dottrina, si ricordano le posizioni di: C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *Contr.*, 2012, p. 11 ss.; S. POLIDORI, *Nullità protettive, neoformalismo ed eccessi di protezione: applicazioni in tema di esercizio abusivo dell'azione di nullità per vizio di forma nel campo dell'intermediazione finanziaria*, Napoli, 2012, p. 53 ss.; G. BERTI DE MARINIS, *Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità relativa*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2014, 5, p. 612 ss.; S. PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contr.*, 2017, 6, p. 679 ss..

paralizzare gli effetti dell'esercizio dell'azione di nullità. Di conseguenza, la domanda selettiva di nullità andrebbe respinta in rito, in quanto inammissibile espressione di abuso.

Siffatta, soluzione, tuttavia, non ci pare del tutto persuasiva, in quanto solleva l'ulteriore quesito se sia corretto discorrere di comportamento opportunistico con riferimento a un rimedio accordato dall'ordinamento a protezione del contraente debole. Oltretutto, ci pare criticabile considerare l'utilizzo selettivo della nullità come una condotta sempre e comunque abusiva, in assenza di qualsivoglia valutazione circa la meritevolezza o meno dell'interesse del cliente.

La paralisi dell'azione selettiva della nullità dovrebbe costituire, semmai, il risultato di una attenta indagine da parte del giudice, diretta ad apprezzare le specificità del caso concreto, così da accertare se, effettivamente, dietro la selezione degli effetti del rimedio, si nasconde un comportamento malizioso del cliente. L'utilizzo selettivo della nullità, pertanto, potrebbe essere stigmatizzato con l'inammissibilità della domanda solo ove la pretesa risulti sproporzionata e non congrua rispetto agli scopi protettivi sottesi alla norma sulla forma del contratto-quadro.

D'altra parte, è la stessa struttura della nullità di protezione a offrire un rimedio che operi concretamente a vantaggio del contraente protetto⁵⁸.

In questa prospettiva, allora, la selettività della nullità potrebbe essere idonea a garantire una tutela davvero effettiva della parte debole.

In alternativa, si registrano, in giurisprudenza, alcune posizioni favorevoli a non ragionare in termini di abuso del diritto, preferendo fare leva sull'istituto della convalida. Ferma restando l'inammissibilità dell'azione di nullità selettiva, tale soluzione muove dall'assunto che la scelta degli ordini da invalidare esprima la volontà del cliente di convalidare il contratto-quadro⁵⁹.

Secondo tale orientamento, l'intenzione di convalidare il contratto-quadro viziato sarebbe desumibile, implicitamente, dalla circostanza che il cliente, utilizzando in modo selettivo la nullità, manifesterebbe la volontà di avvalersi degli effetti prodotti dal contratto con

⁵⁸ Sul punto, si vedano le considerazioni di U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità "selettive". A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, cit., p. 828 ss.. In termini parzialmente difformi, si rinvia a M. GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, 5, p. 554 ss., secondo la quale, il problema di un uso opportunistico della nullità di protezione sarebbe, in realtà, un falso problema, se impostato alla luce della struttura dell'intera operazione negoziale posta in essere dalle parti. Ragionando sul rapporto tra contratto-quadro e singoli ordini attuativi del primo, è possibile giungere alla conclusione che se il contratto-quadro è nullo, l'intera operazione è destinata a cadere e, quindi, anche i singoli ordini successivi verrebbero travolti a cascata. Ove, invece, il vizio colpisca solo un singolo negozio di attuazione, allora, al cliente è data la possibilità di selezionare la nullità, senza che questo comportamento possa dirsi contrario a correttezza e buona fede.

⁵⁹ Cfr. Trib. Verona, 1 ottobre 2009, in *www.dejure.it*; Trib. Verona, 23 marzo 2010, in *www.dejure.it*.

particolare riferimento ai singoli ordini attuativi che non siano stati dedotti in giudizio.

Anche questa tesi, tuttavia, non ci appare persuasiva per le stesse ragioni per le quali si ritiene di non riconoscere effetto sanante alla opposizione del consumatore alla declaratoria della nullità di protezione rilevata d'ufficio del giudice. Difatti, ammettere la convalida della nullità del contratto per effetto dell'utilizzo di uno strumento processuale – l'azione (selettiva) di nullità – significherebbe attribuire rilievo sostanziale a una conseguenza che resta circoscritta alla sede giudiziaria. Più che di convalida sostanziale della nullità, si tratterebbe, al massimo, di una forma di convalida endoprocessuale, non in grado di incidere sulla validità del contratto, al di fuori di quello specifico giudizio.

Oltretutto, l'orientamento in commento non solo contrasterebbe con la lettera dell'art. 1423 c.c., che vieta la convalida del contratto nullo, ma, addirittura, finirebbe per privare di qualunque rilievo la prescrizione di forma di cui all'art. 23 T.U.F., in aperto contrasto con la finalità protettiva della stessa.

Alla luce delle considerazioni svolte, è evidente come l'indagine sull'ammissibilità dell'uso selettivo della nullità di protezione sia magmatica e densa di rilevanti spunti di riflessione sull'attuale modo di intendere l'operatività del rimedio in parola. Da qui la necessità di un chiarimento da parte delle Sezioni Unite, nella consapevolezza che, a seconda della soluzione prescelta, forte sarà l'impatto sul grado di effettività del rimedio, anche ai fini del presente studio.

Il dibattito, dunque, è aperto.

Appare chiaro, però, come nella scelta per l'una o l'altra opzione ricostruttiva si nasconda l'adesione a due diverse prospettive di fondo.

Riconoscere all'investitore la possibilità di invocare un uso selettivo della nullità, limitandola solo a singole fattispecie negoziali di una più complessa operazione economico-giuridica significa, indubbiamente, rendere ancora più forte e incisiva la protezione del contraente debole. La nullità di protezione, pertanto, non solo sarebbe a legittimazione ristretta e a parzialità necessaria, ma, nell'ambito di operazioni negoziali complesse, potrebbe anche veder modulati i suoi effetti in modi via via diversificati, a seconda delle esigenze. Nel contempo, si staglia l'altrettanto condivisibile esigenza di evitare forme di sovraprotezione dell'investitore, in pregiudizio della controparte, riconoscendo a quest'ultima strumenti idonei a tutelarsi contro eventuali condotte abusive da parte del primo.

Alle Sezioni Unite viene, dunque, rimesso il compito di trovare un adeguato punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze di proteggere gli investimenti operati dai privati con i loro risparmi, da un lato, e di tutelare la posizione dell'intermediario, nonché l'interesse più

generale alla sicurezza dei mercati finanziari, dall'altro.

4. Il problema degli effetti della caducazione di clausole abusive essenziali: la gestione della lacuna contrattuale sopravvenuta.

Tanto evidenziato in merito al potere-dovere del giudice di rilevare d'ufficio l'abusività della clausola e alle prospettive future di evoluzione della tecnica di tutela della nullità di protezione, è ora possibile analizzare il problema centrale oggetto della presente trattazione.

Nel caso in cui il giudice, rilevata d'ufficio la vessatorietà, pervenga a dichiarare la nullità della clausola, su domanda del contraente protetto, si delinea la conseguente questione di quale sia la sorte della lacuna contrattuale venutasi a creare.

Posto che la nullità di protezione opera come nullità necessariamente parziale, lasciando sopravvivere “*per il resto*” il contratto, si tratta di stabilire se ciò realizzi concretamente l'interesse del contraente debole. La domanda che il giudice *a quo* deve porsi è se la mera caducazione della clausola garantisca sempre una tutela affettiva per la parte debole di quel contratto ovvero se si renda necessario compiere un'operazione ulteriore, che consenta alle parti o al giudice stesso di intervenire sul regolamento negoziale divenuto “claudicante”.

Il problema sembra porsi in termini particolarmente rilevanti quando a essere dichiarata nulla sia una clausola essenziale per la tenuta del contratto, come la clausola che individua l'oggetto della pattuizione ovvero quella che determina il prezzo del bene.

Sul punto, si registrano evidenti incertezze interpretative, tanto a livello giurisprudenziale quanto a livello dottrinale. La questione si manifesta proprio in quanto manca una regola, europea o nazionale, che indichi al giudice la strada da percorrere in queste ipotesi.

La stessa Corte di Giustizia, difatti, mostra grande difficoltà nel definire quali siano le ricadute sul contratto della espunzione di una clausola abusiva.

Per questo motivo, si stanno registrando indirizzi contrastanti tra gli interpreti nazionali e quelli europei, che appaiano divisi sulla individuazione di una soluzione certa.

La questione tocca il cuore del nuovo diritto dei contratti, atteso che si tratta di stabilire se possa dirsi in linea con il principio europeo di effettività della tutela una operazione di mera caducazione della clausola abusiva o se sia necessario andare oltre tale strumento. Nel caso in cui si aderisca a quest'ultima lettura, si pone, poi, l'ulteriore problema di individuare

concretamente i mezzi di tutela invocabili dalla parte protetta.

Due sembrano essere le strade astrattamente percorribili. O si predica la nullità totale del contratto depurato di una clausola vessatoria, ma essenziale ai fini della sopravvivenza del contratto. Oppure se – come si mostrerà di preferire – si ritenga inappagante siffatta soluzione, alla luce della disciplina europea, si tratta di valutare come sopperire alla intervenuta lacuna contrattuale. Il problema si sposta, così, sul versante degli effetti della nullità di protezione, in particolare, sulla questione della gestione della lacuna contrattuale sopravvenuta.

Come si vedrà, in questo caso, astrattamente, la lacuna potrà essere colmata rimettendo alle parti stesse il superamento delle condizioni abusive in cui la pattuizione ha avuto luogo, oppure, nell'ottica di assicurare una tutela effettiva del consumatore, si potrebbe arrivare a riconoscere al giudice un potere di intervento diretto nel contratto, in funzione persino correttiva.

Ove si propenda per la tesi favorevole a un intervento del giudice sul contratto, si porrà poi il conseguenziale problema di come la modifica del regolamento contrattuale debba avere luogo: l'alternativa oscilla tra la tesi della inserzione nel contratto delle norme di diritto imperativo o dispositivo violate dalle parti ovvero la tesi della correzione giudiziale del regolamento abusivo.

Quest'ultima soluzione – come si avrà modo di vedere - si inserisce nel più generale e dibattuto tema del riconoscimento di poteri correttivi del giudice sul contratto.

A fronte di una posizione di netto sfavore per questa soluzione da parte della Corte di Giustizia e di una cospicua dottrina, non pochi sembrano essere, in realtà, i dati normativi e giurisprudenziali favorevoli a riconoscere al giudice un ruolo di controllo sull'equilibrio (anche economico) della pattuizione; ciò in considerazione del preminente interesse dei contraenti non tanto alla totale eliminazione del contratto dal mondo giuridico, quanto, piuttosto, alla conservazione dello stesso, adeguatamente modificato nella prospettiva della sua ricostruzione.

4.1 I recenti orientamenti della Corte di Giustizia: criticità e questioni interpretative.

La questione della sopravvivenza del contratto successivamente alla caducazione della clausola abusiva è stata, di recente, affrontata dalla Corte di Giustizia in alcune significative

sentenze, dalle quali non è possibile prescindere per ricostruire il dibattito interno.

Queste pronunce costituiscono espressione della tendenza della giurisprudenza europea a limitare il più possibile lo spazio per interventi correttivi sul regolamento contrattuale, una volta depurato dalla clausola abusiva. L'eliminazione di quest'ultima è, in genere, ritenuta un rimedio sufficiente ad assicurare gli obiettivi di tutela del consumatore.

Alla base di questa impostazione, vi è, infatti, l'idea che solo il meccanismo di una nullità parziale necessaria possa effettivamente privare di “forza vincolante” la clausola vessatoria. Il contratto, in tal modo, può sopravvivere alla espunzione della clausola abusiva “*senza altra modifica che non sia quella risultante dalla soppressione delle clausole abusive*”.

In quest'ottica, la Corte di Giustizia ha dichiarato, più volte, il contrasto, con la normativa comunitaria, di una serie di norme nazionali degli Stati membri che, al contrario, contemplano tecniche di correzione del contratto, una volta accertata ed eliminata la clausola abusiva.

In particolare, con la sentenza sul caso *Banco Espanol de Crédito* del 2012, la Corte di Giustizia ha chiaramente stigmatizzato, per contrasto con l'art 6 direttiva 93/13/CEE, la disciplina spagnola sulla nullità di clausole vessatorie concernenti l'entità degli interessi moratori nei rapporti bancari⁶⁰. L'art 83 del Real decreto legislativo n. 1/2007 attribuisce, infatti, al giudice il potere di integrare il contratto, rideterminando le clausole abusive secondo equità, non solo attraverso il richiamo a norme dispositive, ma anche con regole create dal giudice.

La criticità della predetta normativa - nella visione dei giudici europei - si compendia tutta nella idea che il potere di intervento del giudice sul regolamento contrattuale comprometterebbe «*l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione, nei confronti del consumatore, di siffatte regole*». La possibilità, per il giudice, di rivedere il contenuto della clausola abusiva non farebbe, quindi, venire meno l'interesse del professionista ad astenersi dall'inserire clausole pregiudizievoli per il consumatore all'interno del contratto.

Il principio di diritto enunciato dalla Corte di Giustizia muove da una interpretazione letterale dell'art 6 della direttiva 93/13/CEE, che riconoscerebbe ai giudici nazionali unicamente il potere di accertare l'abusività di una clausola e di disapplicarla, affinché non produca effetti vincolanti per il consumatore, senza attribuire loro anche un potere di revisione del contenuto di quella clausola.

⁶⁰ Corte di Giustizia, 14 giugno 2012, causa C-618/2010, *Banco Espanol de Crédito*, in *Contr.*, 2013, 1, 16 ss., con nota di A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*. Per un puntuale commento alla sentenza, si veda anche S. PAGLIANTINI, *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Pers. e merc.*, 2013, 1, p. 11 ss..

Si legge nella sentenza: «L'art. 6, par. 1, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa di uno Stato membro (...) che consente al giudice nazionale, qualora accerti la nullità di una clausola abusiva in un contratto stipulato tra professionista e un consumatore, di integrare detto contratto rivedendo il contenuto di tale clausola». Si sostiene che, «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». Questa soluzione, oltre che aderente al dato letterale della direttiva consumeristica, viene ritenuta anche conforme al principio di effettività della tutela del contraente debole, poiché la sopravvivenza del contratto semplicemente privato della clausola abusiva si traduce in una sostanziale sanzione per il professionista, volta a anche inibire futuri contegni abusivi.

Questa impostazione è stata nuovamente sposata dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Asbeek* del 2013⁶¹, relativa alla questione della compatibilità con la direttiva comusmeristica della norma olandese, che attribuisce al giudice il potere di ridurre equitativamente l'importo di una clausola penale ritenuta manifestamente eccessiva.

Anche in questo caso la Corte, richiamando l'interpretazione dell'art. 6 della direttiva prospettata nel precedente del 2012, esclude la possibilità, per i giudici, di procedere alla riduzione dell'importo previsto dalla clausola penale abusiva, in luogo della mera disapplicazione della stessa. Ai giudici compete, unicamente, disporre la caducazione della clausola abusiva «*affinché non produca effetti vincolanti nei confronti del consumatore, senza essere autorizzati a rivedere il contenuto della medesima*».

L'impostazione delineata dalla Corte di Giustizia rispetto al tema degli effetti della caducazione di clausole abusive ruota, dunque, attorno a due esigenze opposte, ma ritenute di eguale importanza: negare un recupero del contratto in sede giudiziaria realizzerebbe, da un lato, l'obiettivo di garantire, in via assoluta, una tutela effettiva del consumatore, dall'altro, il risultato di sanzionare la condotta del professionista in un'ottica dissuasiva.

La soluzione opposta, difatti, cioè riconoscere al giudice un potere di intervento finalizzato alla riduzione dell'abusività del patto, non consentirebbe di inibire le condotte pregiudizievoli del professionista, il quale, se potesse contare su qualsivoglia meccanismo di adattamento del contratto, finirebbe per poter prevedere le conseguenze stesse dell'accertamento della vessatorietà. In entrambe le ipotesi, sia che operi la riduzione del patto al di sotto della soglia

⁶¹ Corte di Giustizia, 30 maggio 2013, causa C-488/11, *Asbeek* Brusse, in www.curia.europa.eu. Per un attento commento, si veda 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, p. 388 ss..

di abusività, sia che trovi applicazione la regola dispositiva, il professionista potrebbe, comunque, continuare a ritenere conveniente tentare la pattuizione di clausole vessatorie, conseguendo ugualmente la conservazione del contratto, sia pure riequilibrato.

Lo stesso principio viene ribadito ancora in una sentenza del 2015 sul caso *Unicaja Banco*, relativa sempre alla legislazione spagnola in tema di interessi moratori⁶². In tal caso, tuttavia, differentemente dai citati precedenti, la normativa nazionale non prevede un potere giudiziale di riduzione ad equità della clausola abusiva, bensì la sua sostituzione, in sede giudiziaria, con la disposizione violata.

Il giudizio della Corte di Giustizia è ancora una volta netto. Neppure la sostituzione della clausola con un parametro normativo realizza gli obiettivi della direttiva: si ribadisce che solo la disapplicazione pura e semplice della clausola contrattuale costituisce lo strumento migliore per contrastare la prassi dell'inserimento di pattuizioni abusive da parte del professionista. Ciò al fine di evitare una riduzione conservativa *ope iudicis*, che è ritenuta non soddisfacente ai fini di una efficace tutela del consumatore, anche perché viziata dal difetto di minare la certezza del diritto e dei rapporti giuridico-economici, in quanto soluzione inevitabilmente legata alla multiformità e varietà dei casi concreti⁶³.

La netta chiusura della giurisprudenza europea alla possibilità che possano operare tecniche di integrazione, anche solo legale, del contratto sembra esporsi, tuttavia, a plurimi rilievi critici. È stato acutamente osservato, in dottrina, che anche ove l'unico effetto dell'accertamento della vessatorietà sia la obliterazione della clausola, il destino del contratto sarebbe comunque quello di subire un processo correttivo. Il fatto che il contratto resti valido “per il resto” non esclude la sostituzione della disciplina pattizia con regole legali. Si tratterebbe, dunque, non di «*conservazione secondo i “medesimi termini” contrapposta a tecniche integrative, allora, ma di vera e propria – ed anzi assai radicale – tecnica integrativa. Perché (...) la correzione di un regolamento negoziale può avvenire anche mediante “sottrazione”*»⁶⁴.

⁶² Corte di Giustizia, 21 gennaio 2015, causa 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*.

⁶³ Secondo S. PAGLIANTINI, *Il “restatement” della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*, cit., p. 424, «il mitigare la clausola vessatoria, anziché scartarla, questo il fermo convincimento della Corte, produrrebbe, infatti il perverso risultato di continuare ad esporre il consumatore agli effetti di questa: sicché rivedere giudizialmente il contratto, in quanto non protegge satisfattivamente il consumatore, visto come un modo che induce il professionista a non desistere dal vessare. (...) E' indubbio poi che la rettifica giudiziale viene poi percepita come una tecnica affetta dal vistoso contrappunto di uno svolgersi secondo un'episodicità operativa fisiologicamente idonea a compromettere la calcolabilità delle decisioni e la certezza dei traffici».

⁶⁴ Così A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”*: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto, cit., p. 19, il quale, nell'evidenziare le criticità dell'esaminato orientamento giurisprudenziale, propende per la riespansione della disciplina

In effetti, si può sin d'ora anticipare che – come si vedrà nel prosieguo del lavoro – il vero problema non è tanto quello di eliminare la clausola vessatoria *tout court* per evitare il pericolo di una integrazione giudiziale, quanto, piuttosto, quello di spostare più avanti la riflessione, valutando se sia preferibile consentire la riespansione delle regole dispositive ovvero un intervento correttivo del giudice.

In questa prospettiva, a ben vedere, anche la nullità parziale necessaria comporta un effetto di correzione del regolamento negoziale, il cui contenuto non coincide più con quello originario.

Nonostante le criticità di questa impostazione, la Corte di Giustizia ha continuato a escludere interventi correttivi sul contratto, anche in materie diverse da quella della pattuizione di interessi moratori. Ma con una precisazione importante. Il riferimento è alla discussa sentenza sul caso *Kásler*⁶⁵.

Si tratta di una vicenda significativa poiché, secondo la Corte, di per sé, l'art 6 della direttiva non osta alla possibilità che, nel caso in cui un contratto non possa sussistere dopo l'eliminazione di una clausola abusiva, una norma nazionale consenta al giudice “*di ovviare alla nullità della suddetta clausola sostituendo a quest'ultima una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva*”.

Così statuendo, la Corte di Giustizia, questa volta, sembra non escludere, categoricamente, un intervento, in via suppletiva, del giudice, qualora l'invalidazione della singola clausola rischi di travolgere l'intero contratto.

Tuttavia, la portata significativa di questa sentenza necessita di essere contestualizzata, non potendola considerare espressione di un vero e proprio cambio di rotta della giurisprudenza europea, ma dovendola inserire nel quadro delle peculiarità del caso di specie. Tanto è vero che

dispositiva derogata, sull'assunto che ciò costituisca l'effetto naturale ascrivibile alla caducazione di una clausola abusiva. Oltretutto, anche sotto il profilo degli interessi in gioco, non si può sostenere che la mera caducazione della clausola abusiva assicuri, sempre e comunque, la protezione del consumatore, atteso che l'alternativa tecnica della integrazione dispositiva non nasconde, necessariamente, il rischio di «una “iperprotezione” al consumatore, accordandogli un regolamento di interessi assai più vantaggioso di quello che sarebbe assicurato da una “ordinaria”, e non abusiva, pattuizione». Allo stesso modo, S. GUADAGNO, *Squilibrio contrattuale: profili rimediali e intervento correttivo del giudice*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 12, p. 747.

⁶⁵ Si tratta di Corte di Giustizia, 30 aprile 2014, causa C-26/13, *Kásler*, in *www.curia.eu*. Si veda il commento di 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. In questa sentenza, la Corte affronta la questione delle conseguenze derivanti dalla caducazione di una clausola in cui le parti avevano determinato l'ammontare della rata mensile dovuta dal mutuatario al finanziatore in quanto tale somma veniva fatta dipendere dal tasso di cambio della moneta, tra fiorino ungherese e franco svizzero, calcolato alla scadenza di ogni singola rata, pur non essendo stata pattuita nel contratto alcuna prestazione di servizi di cambio. Il finanziamento era stato corrisposto in fiorini ungheresi e la restituzione doveva avvenire sempre in fiorini ungheresi. Sicché, la clausola relativa alla prestazione di servizi di cambio appariva chiaramente finalizzata ad assicurare alla banca un lucro ulteriore, stante la corrente svalutazione del fiorino.

– come appena visto – la Corte di Giustizia, già in occasione della sentenza *Unicaja Banco* dell'anno successivo, torna a ribadire un principio consolidato: si continua a escludere la sostituzione automatica delle clausole nulle con norme legislative di tipo dispositivo, nonché qualsiasi forma di eterocorrezione del regolamento negoziale mediante un provvedimento del giudice.

Nel caso *Kasler* l'intervento del giudice è, invece, consentito qualora la declaratoria di abusività colpisca una clausola essenziale del contratto, cioè una pattuizione tale per cui la sua caducazione condurrebbe alla invalidazione dell'intero regolamento contrattuale. In questo specifico contesto, la Corte ammette che *«se (...) non fosse consentito sostituire a una clausola abusiva una disposizione di natura suppletiva, obbligando il giudice ad annullare il contratto nel suo insieme, il consumatore potrebbe essere esposto a conseguenze particolarmente dannose talché il carattere dissuasivo risultante dall'annullamento del contratto rischierebbe di essere compromesso»*.

Resta, invece, fermo il divieto, per il giudice, di rivedere il contenuto del contratto, quando la caducazione colpisca una clausola non essenziale, tale, cioè, da non determinare la nullità totale dell'intero regolamento contrattuale. Qui, l'obiettivo di tutela effettiva del consumatore viene, perseguito, di regola, attraverso la semplice disapplicazione della clausola abusiva, e non con un intervento giudiziale ulteriore in funzione di riequilibrio.

La sentenza *Kasler*, dunque, è particolarmente significativa ai fini della presente analisi, in quanto consente di evidenziare il differente trattamento che la Corte riserva alle ipotesi di caducazione di clausole essenziali rispetto a quelle accessorie.

Quando l'abusività colpisce clausole accessorie, cioè pattuizioni che non incidono sulla struttura portante del regolamento contrattuale, queste – come visto - vengono meno, lasciando sopravvivere “per il resto” il contratto, che verrà rimodulato automaticamente, secondo la disciplina dispositiva derogata dal professionista.

Ben diverso è il discorso quando – come nel caso *Kasler* – l'abusività riguardi una clausola essenziale ai fini della sopravvivenza del contratto stesso. In tal caso, la mera obliterazione della pattuizione rischia di compromettere gli interessi delle parti, *in primis* di quella protetta, la quale finirebbe per subire l'inevitabile caducazione dell'intero contratto, privato di quella pattuizione essenziale. In tal caso, è stato osservato che *«integrazione ed effettività della tutela, quando la lacuna per vessatorietà involga un essenziale negotii dispositivamente regolato, sono un binomio inscindibile»*.

In questa situazione, le soluzioni astrattamente prospettabili appaiono due: o si accede alla tesi del travolgimento dell'intero contratto, coerentemente con la lettera dell'art. 6 della

direttiva, che consente la salvezza “*per il resto*” del contratto, salvo che questo possa sussistere “*senza le clausole abusive*”; oppure si deve ammettere – come fa la Corte di Giustizia nel 2014 – che debba trovare applicazione la disciplina suppletiva, la quale, nel caso di specie, consente la rideterminazione del corrispettivo.

La giurisprudenza europea sembra, dunque, orientata a seguire, come regola generale, quella della sopravvivenza del contratto depurato della clausola abusiva, salvo che detta clausola non sia essenziale: nel qual caso, si ammette la possibilità che, al fine di evitare il venir meno dell'intero contratto, le normative nazionali possano riconoscere al giudice il potere di invocare la disciplina suppletiva violata dalla pattuizione abusiva.

Questa apertura dei giudici europei è sicuramente significativa. Ma, anche a voler accedere alla tesi favorevole all'innesto nel contratto della normativa derogata, si pone, tuttavia, un problema ulteriore e non di poco conto, ove si consideri che detto meccanismo non potrebbe funzionare in mancanza di una norma regolatrice per colmare la lacuna. Questa eventualità ripropone, in tutta la sua complessità, la questione di come tutelare l'interesse del consumatore alla conservazione del contratto, nonostante la caducazione di una clausola essenziale. Ed è soprattutto con riferimento a questi casi che si appunta la discussione, in seno alla dottrina e alla giurisprudenza, circa il possibile inserimento di una regola di creazione giudiziale.

È evidente che, ove si riconosca al giudice siffatto potere di intervento sul contratto, si instaura una situazione di forte tensione con il principio della autonomia negoziale dei privati, ma, non per questo, tale rimedio risulta del tutto privo di vantaggi nella prospettiva della manutenzione del contratto. Da qui, deriva, invece, secondo altra parte della dottrina, la necessità di una riflessione sulla individuazione di strumenti di tutela alternativi, più coerenti con il predetto principio, come quelli che valorizzano la libertà contrattuale attraverso il richiamo alla buona fede.

Tutto ciò premesso, si osserva che il problema della gestione della lacuna contrattuale a seguito di caducazione di clausola abusiva essenziale si pone in termini particolarmente rilevanti quando, anche a voler ammettere una soluzione che eviti la nullità totale del contratto, non sia dato, tuttavia, ravvisare, nella disciplina positiva, una disposizione idonea a colmare la lacuna. Occorre allora stabilire, in questi casi, quale sia la tecnica di intervento invocabile in mancanza di disciplina legale.

4.2 Indagine sulla essenzialità della clausola abusiva nella dottrina e nella giurisprudenza italiane.

Prima di avviare l'indagine nella direzione individuata, giova soffermarsi sul concetto di “clausola essenziale” del contratto, la cui eliminazione ponga un problema di sopravvivenza dello stesso.

Si è detto che la soluzione di tale questione non sembra particolarmente complessa quando la vessatorietà colpisce una pattuizione accessoria del contratto, determinando uno squilibrio normativo. Nel qual caso, il contratto, ai sensi dell'art 36 cod. cons., resta pacificamente in vita “*per il resto*”, in deroga alla regola di cui all'art. 1419, comma 1, c.c.. Di conseguenza, può tornare a trovare applicazione la disciplina dispositiva o imperativa pattiziamente violata dalle parti.

Meno scontato è l'esito quando la nullità colpisca una clausola di grande importanza per l'esistenza del contratto, come quella che individua l'oggetto del contratto ovvero pattuisce il prezzo della prestazione o del bene, nonché quella che incida sulla individuazione della causa alla base dell'intera operazione negoziale. È stato osservato che, in tali casi, «*è lo stesso contenuto minimo che delinea causa ed oggetto del contratto a finire per essere compromesso, così pregiudicando – in mancanza di una integrazione del regolamento negoziale – la sopravvivenza del contratto*»⁶⁶.

In questa circostanza, si pone il problema di stabilire se, pur venendo meno una porzione essenziale del contratto, sia possibile e come intervenire sul contenuto minimo negoziale, nella prospettiva della sua modificazione, coerentemente con lo scopo della invalidità protettiva prevista dall'art. 36 cod. cons. e dalla normativa europea.

Riveste, dunque, centrale importanza il corretto svolgimento del giudizio in ordine alla essenzialità della clausola contrattuale⁶⁷. Anche perché la nozione di clausola viene in

⁶⁶ Così A. D'ADDA, *La correzione del «contratto abusivo»*, in *Le invalidità di diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011, p. 376, il quale osserva che la questione in esame si è posta, soprattutto, in tema di nullità di clausole integranti la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica ai sensi dell'art. 9 della legge n. 192/1998, atteso che, spesso, il contenuto abusivo della pattuizione può essere colto solo dall'esame di tutte le pattuizioni e dalle loro reciproche interrelazioni; tanto è vero che, in tale contesto, «potrà persino risultare difficile individuare una *parte* del contratto affetta da nullità ed un *resto* del contratto, da conservare, libero da ogni iniquità»

⁶⁷ Per una prima definizione generale, si veda C. GRASSETTI, *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 184 ss., il quale mette in luce come il termine “clausola negoziale” abbia assunto, nel linguaggio legislativo, una pluralità di significati. In primo luogo, sulla base di una descrizione meramente formale, la clausola può essere intesa come una proposizione che costituisce il negozio giuridico; in tal senso, il termine viene inteso dall'art. 1363 c.c., che detta il canone dell'interpretazione complessiva. In secondo luogo, il termine clausola può venire in considerazione come precetto negoziale autonomo, contenuto in una (clausola semplice) o in più proposizioni (clausola complessa), ossia come sinonimo di patto; in tal senso, è inteso il significato della clausola ai sensi dell'art. 1419 c.c.. Infine, per clausola si può intendere un precetto che la

considerazione in numerose disposizioni contenute nella normativa europea.

A tal riguardo, occorre fare riferimento alla copiosa elaborazione della dottrina che si è formata in relazione all'analisi dell'art 1419 c.c., dedicato alla disciplina della nullità parziale del contratto, al fine di valutare se sia possibile mutuare da questa i criteri a cui improntare il giudizio di essenzialità di una clausola contrattuale per i contratti asimmetrici.

Una volta individuata la clausola a carattere essenziale, il giudice può andare a verificare se la regola della nullità parziale necessaria operi anche in caso di iniquità della stessa, come se si trattasse di una clausola accessoria o se, invece, gli effetti, in questo caso, siano differenti, tanto da potersi ipotizzare, addirittura, la caducazione dell'intero contratto.

Una premessa è d'obbligo. L'art 1419 c.c. sancisce un principio esattamente contrario a quello sotteso alla nullità di protezione, di cui quest'ultima, non a caso, costituisce una deroga. Si tratta del principio di conservazione del contratto, in forza del quale l'ordinamento deve assicurare, per quanto possibile, la conservazione degli atti espressione dell'autonomia privata. Per cui, l'estensione della nullità di una parte del contratto all'intero assetto di interessi programmato dai contraenti costituisce un'ipotesi eccezionale rispetto al mantenimento del vincolo contrattuale, depurato di quella parte viziata⁶⁸. Spetta, invece, a chi deduce la nullità dell'intero negozio l'onere di allegare e provare «*l'interdipendenza del resto del contratto dalla clausola o dal patto inficiato dalla nullità*»⁶⁹.

L'autonomia negoziale dei privati viene, invece, compresa ai sensi del secondo comma dell'art. 1419 c.c., in nome del primato della legge sulla volontà dei privati: il contratto è destinato a sopravvivere, nonostante la nullità di una sua parte, ove quest'ultima possa essere sostituita di diritto da una norma imperativa. In tal modo, è lo stesso legislatore, che, in una prospettiva dirigistica, detta le regole che le parti avrebbero dovuto osservare in sede di pattuizione del contratto, al fine di evitarne la nullità.

A parte il meccanismo della sostituzione di diritto delineato dal secondo comma dell'art

legge inserisce nel negozio, come prevede l'art. 1339 c.c..

⁶⁸ Per un'analisi attenta dell'art. 1419 c.c. si rinvia, *ex multis*, a: G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, Milano, 1959; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Cicu e Messineo, XXI, tomo 2, Milano, 1972, p. 103 ss.; M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974; F. GALGANO, sub art 1419 c.c., in *Commentario Scialoja-Branca, Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto (artt. 1414-1446)*, Bologna-Roma, 1998, p. 144 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 639 ss.; R. SACCO, *Le invalidità*, in *Tratt. dir. priv.*, Rescigno, Torino, 2002, p. 615 ss.; M. PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit.; M. RABITTI, sub art. 1419 c.c., in *Commentario Del Codice Civile – Dei Contratti in Generale, Nullità parziale e principio di conservazione del contratto*, Torino, 2012, p. 589 ss..

⁶⁹ Così sostiene una consolidata giurisprudenza, in particolare: Cass., 22 marzo 1983, n. 2012, in *Mass. Foro it.*, 1983, I, 1, 1586; Cass., 26 giugno 1987, n. 5675, in *Giust. civ.*, 1988, I, 2090; Cass., 1 marzo 1995, n. 2340, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2438; Cass., 19 luglio 2002, n. 10536, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2858; Cass., 20 maggio 2005, n. 10690, in *Mass. Foro it.*, 2005.

1419 c.c., quest'ultima disposizione, al primo comma, costituisce, evidentemente, una regola generale in materia di contratti *inter pares*, che viene, invece, a essere derogata dalla disciplina dei contratti asimmetrici tra professionista e consumatore.

L'art 36 cod. cons., introducendo il paradigma della nullità parziale necessaria, che impedisce il contagio della clausola iniqua all'intero contratto, risponde alla esigenza non semplicemente di conservare il contratto in nome di un interesse generale, bensì di riequilibrarlo, a favore del singolo contraente svantaggiato⁷⁰.

Ciò premesso, appare, comunque, necessario riferirsi alla disciplina dell'art. 1419 c.c. proprio per comprendere quali siano i criteri in base ai quali valutare l'essenzialità della clausola, nell'ottica di disporre di una chiave di lettura idonea ad analizzare i diversi effetti della nullità parziale necessaria.

L'art. 1419 c.c., prevedendo la “nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole”, sembrerebbe individuare nella clausola l'unità elementare del contratto che è destinata a venire meno. Il giudizio di essenzialità può, quindi, riguardare tanto una singola “clausola”, quanto una “parte” del contratto⁷¹.

La dottrina ha evidenziato che la nozione di “clausola” può essere intesa in due accezioni diverse⁷².

Secondo un'accezione formale, per clausola si intende una proposizione linguistica compiuta e sintatticamente autonoma, come tale distinguibile da altre proposizioni presenti nel testo del contratto. Ai fini del giudizio di nullità, è, invece, preferibile aderire a

⁷⁰ Si vedano le considerazioni di A. ALBANESE, *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008, p. 98 ss..

⁷¹ Da sempre discussa, in dottrina, la possibilità che la norma in esame distingua, effettivamente, tra la nullità di una “parte” del contratto e la nullità di singole clausole, ovvero, che si tratti di unaendiadi. Alcuni autori hanno tentato di elaborare una nozione di “parte” del contratto autonoma e distinta da quella di clausola, per sottoporla a una diversa disciplina. Secondo taluni, la nozione di parte si indeticherebbe con un insieme di clausole-precetto (così E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole*, Milano, 1971, p. 18 ss.; U. NATOLI, *Su una “rimeditazione” relativa al II comma dell'art. 1419 cod. civ.*, in *Riv. giur. lav.*, 1958, II, p. 547). Secondo altri, per parte del contratto si deve intendere una porzione della clausola (così G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, cit., p. 90; A. PAROLI, *Nullità di clausola e nullità di contratto*, in *Dir. lav.*, 1961, II, p.87). Vi è, infine, chi identifica la nozione di parte con una ipotesi di nullità quantitativamente parziale (così M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, Milano, 1978, p. 145). La dottrina oggi prevalente ritiene, invece, che tali espressioni vadano considerate come equivalenti, indicando entrambe una frazione del contratto (R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, vol. 1, 3^a ed., Torino, 2004, p. 619 ss.).

⁷² Il tema è stato analizzato, *ex multis*, da: G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, cit., p. 90 ss.; C. GRASSETTI, *Clausola del negozio*, cit., p. 184 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Sul significato del termine «clausola» in relazione al II comma dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. Trim. proc. civ.*, 1960, 683 ss.; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole*, cit., p. 16 ss.; M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, cit., p. 131 ss.; G. SICCHERO, *Studi preliminari sulla clausola del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 1196 ss.; D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità parziale*, cit., p. 100 ss.. Nello stesso senso, si veda un lontano precedente di Cassazione (Cass., Sez. Un., 16 ottobre 1958, n. 3294, in *Giust. Civ.*, 1959, I, p. 311 ss.), in cui si legge che per clausola si può intendere sia «una parte della dichiarazione contenuta in un articolo o in qualsiasi formula graficamente separata da altre contenute in uno stesso o in più documenti» sia «un elemento del contenuto precettivo del negozio».

un'accezione sostanziale del termine: come l'insieme dei precetti che compongono il programma predisposto dai contraenti, desunto dalla interpretazione della proposizione negoziale.

Difatti, è proprio rispetto al precetto che è possibile operare una distinzione tra clausola essenziale e clausola accessoria del contratto. Ciò appare evidente se si considera che solo un precetto di autonomia negoziale, e non una mera proposizione, può porsi in contrasto con una norma imperativa e, quindi, costituire oggetto di una declaratoria di invalidità⁷³.

Secondo l'impostazione tradizionale⁷⁴, poiché non tutte le clausole hanno la stessa importanza, bisogna distinguere tra clausole c.d. principali, coincidenti con quelle identificate dall'art. 1418 c.c., in quanto, dato un certo contratto, non possono non esistere; e clausole c.d. secondarie, che possono indifferentemente esistere o non esistere, a seconda della volontà delle parti.

Ciò posto, è evidente che, ai fini del primo comma dell'art. 1419 c.c., essendo richiesto l'accertamento della volontà ipotetica delle parti di stipulare il contratto e l'astensione dal pattuire la clausola, il riferimento è alla nullità delle sole clausole secondarie (o non essenziali). Si può avere, dunque, nullità parziale del contratto unicamente quando venga in considerazione una clausola secondaria e non risulti che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza di essa. Giacché, laddove, risulti, invece, che i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza di essa, si avrebbe una nullità eccezionalmente totale, nonostante colpisca una clausola secondaria. Quindi, in quest'ultimo caso, si sarebbe al cospetto di una clausola essenziale, esattamente come nei casi in cui una clausola principale sia in contrasto con una norma imperativa o ricorra una delle altre ragioni di invalidità totale previste dall'art. 1418 c.c.

Diverso è l'ambito di operatività del secondo comma dell'art. 1419 c.c. che, rinviando al meccanismo della sostituzione automatica di clausole difformi apposte dalle parti, sembra riferirsi a una forma di nullità necessariamente parziale, che si sottrae alla regola del primo comma: la lacuna viene colmata con l'immediata inserzione della regola legale, che si sostituisce al posto della clausola pattuita dai contraenti. Ciò in quanto a venire in considerazione è, evidentemente, una clausola essenziale, trattandosi della sostituzione di elementi necessari del contratto o di aspetti tipici del rapporto, cui la legge ha apprestato la propria inderogabile disciplina⁷⁵.

⁷³ A riguardo, si vedano le considerazioni di: A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 30; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 182; M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, cit., p. 142.

⁷⁴ Cfr. gli studi di E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole*, cit., p. 12 ss..

⁷⁵ Tanto in dottrina (cfr. G. TADDEI ELMI, *Contratto e norme imperative sopravvenute: nullità o inefficacia*

In base a questa impostazione, si perviene alla conclusione secondo cui il contratto viziato in un elemento essenziale non è necessariamente nullo, ove quell'elemento risulti da un regolamento complesso solo in parte viziato. L'estensione del vizio, infatti, va valutata sulla base del significato complessivo del regolamento negoziale.

La dottrina è tradizionalmente divisa in ordine alla individuazione del criterio idoneo a sindacare l'essenzialità di una clausola, atteso che l'art. 1419 c.c. prevede l'estensione della nullità dalla singola clausola o parte all'intero negozio «*se risulta che i contraenti non l'avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità*»⁷⁶.

Secondo un primo indirizzo, il giudizio andrebbe condotto alla stregua di un criterio soggettivo, incentrato sulla indagine della volontà dei contraenti, rapportata al momento della conclusione del contratto. In questa prospettiva, in tanto una clausola può dirsi essenziale, in quanto essa rivesta, per le parti, importanza fondamentale, ai fini della stipulazione del contratto⁷⁷. Ne conseguirebbe, allora, sul versante processuale, la necessità che la decisione del giudice circa la tecnica di tutela da seguire venga presa sulla base della soluzione che meglio realizza l'interesse personale del consumatore; tanto in coerenza con una valutazione, in termini soggettivi, della essenzialità della clausola nulla per quel contraente.

Tuttavia, questo filone interpretativo, al suo interno, non appare omogeneo. Se l'indagine sull'elemento volontaristico è la premessa di partenza, diverse sono, però, le possibili ricostruzioni sul tipo di volontà da accertare. Taluni ritengono che il giudice debba verificare la volontà reale delle parti, sussistente al momento della prestazione del consenso contrattuale⁷⁸. All'opposto, altra parte della dottrina attribuisce rilievo alla volontà ipotetica dei contraenti, diretta a verificare come questi si sarebbero determinati, se avessero avuto contezza della nullità della clausola al momento della sua pattuizione⁷⁹.

successiva e sostituzione di clausole, in *Obbl. e contr.*, 2006, I, p. 36 ss.), quanto in giurisprudenza (cfr. Cass., 10 maggio 2005, n. 9747, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 108 ss.; Cass., 28 giugno 2000, n. 8794, in *Giur. it.*, 2001, p. 1153 ss.), è stato osservato che, ai fini dell'operatività del meccanismo di sostituzione automatica di clausole, la locuzione "sono sostituite di diritto" di cui all'art. 1419, comma 2, c.c. va interpretata «non nel senso dell'esigenza di una previsione espressa della sostituzione, ma in quello dell'automaticità della stessa, trattandosi di elementi necessari del contratto o di aspetti tipici del rapporto, cui la legge ha apprestato una propria inderogabile disciplina».

⁷⁶ Sul punto si veda: M. PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, cit., p. 154 ss..

⁷⁷ Di questo avviso è G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, cit., p. 230 ss.; E. ZERELLA, *La nullità parziale*, in *Giust. civ.*, 1985, II, 384 ss..

⁷⁸ In tal senso, Cass., 26 giugno 1987, n. 5675, in *Foro it.*, 1988, I, c. 170 ss.. Si precisa che, ai fini dell'art. 1419 c.c., sarebbe sufficiente accertare che anche una sola delle parti non avrebbe concluso il contratto senza la clausola colpita da nullità.

⁷⁹ Così Cass., 4 settembre 1980, n. 5100, in *Giur. agr. it.*, 1981, II, 479 ss.; Cass., 15 aprile 1959, n. 1125, *CED Cassazione*: «Al fine di stabilire se, a norma dell'art. 1419 c.c. la nullità di una clausola contrattuale importi la nullità dell'intero contratto ovvero sia applicabile il principio *utile per inutile non vitiatur* la scindibilità del contenuto del contratto dev'essere accertata soprattutto attraverso la valutazione della potenziale volontà delle parti in relazione all'ipotesi che nel contratto non fosse stata inserita la clausola nulla».

Ma le tesi soggettivistiche, oggi, non appaiono più persuasive, in quanto espressione della tradizionale visione volontaristica del contratto, oramai superata. Pertanto, secondo un diverso e prevalente indirizzo, a guidare il giudice nel valutare l'essenzialità di una clausola dovrebbe essere un criterio oggettivo, fondato sulla verifica circa la possibilità di conservare il contratto: la clausola va ritenuta essenziale nel caso in cui il contratto, privato di essa, non sia più in grado di fornire quell'utilità che le parti si proponevano di conseguire⁸⁰.

A tal fine, si fa leva, in genere, sulla buona fede, quale criterio alla stregua del quale effettuare il raffronto tra il regolamento contrattuale residuo e quello originario. Pertanto, il giudice potrebbe dichiarare la nullità parziale del contratto solo ove la richiesta della parte di estendere la nullità della clausola all'intero contratto risulti contraria a buona fede.

Pur ritenendo di aderire all'ultima tesi esposta, nel riportare le considerazioni svolte sul diverso piano del giudizio di essenzialità di una clausola vessatoria, occorre svolgere una precisazione. Quando la parzialità del rimedio è posta a presidio non tanto della sopravvivenza del contratto in sé, quanto della tutela della parte debole, la verifica in ordine alla idoneità del contratto a realizzare l'assetto avuto di mira dalle parti non è prospettabile.

A riguardo, è stato, infatti, osservato che *«l'interesse del contraente debole alla efficacia del diverso contenuto è in re ipsa trattandosi di programma a lui più favorevole, mentre l'intento della controparte, che si presume abbia abusato della propria maggiore forza contrattuale, per imporre un contenuto illecitamente squilibrato a suo vantaggio, è immeritevole e dunque irrilevante anche ai fini della decisione in ordine al mantenimento del contratto»*⁸¹.

Questo significa, in conclusione, che le nuove figure di nullità di protezione non vanno sottoposte ad un giudizio di essenzialità analogo a quello di cui all'art. 1419, comma 1, c.c., atteso il diverso ambito di applicazione di quest'ultimo, da cui restano sottratte le ipotesi di nullità con finalità protettive⁸².

⁸⁰ Indirizzo da ultimo confermato da Cass., 11 luglio 2012, n. 11749, in *Corr. giur.*, 2013, 8-9, p. 1074, con nota di C. GABBANELLI, *Il giudizio in ordine all'essenzialità di una clausola nulla contenuta in un contratto preliminare va condotto secondo un criterio oggettivo*, a proposito del tema degli effetti della nullità di un patto contenuto in un preliminare rispetto all'intero regolamento di interessi. Si veda anche Cass., 19 aprile 1982, n. 2411, in *Mass. Giur. civ.*, 1982.

⁸¹ Queste considerazioni sono di D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, cit., p. 112. Ma si veda anche A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 113.

⁸² A tali conclusioni perveniva già anche S. MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 1097, il quale ritiene di negare l'applicazione dell'art. 1419 c.c. in quanto disposizione dettata nel presupposto che contraenti siano ugualmente liberi di determinare il contenuto nel contratto e di valutare i costi della conservazione o della caducazione dell'atto. Inoltre, l'applicazione dell'art. 1419 c.c. ai contratti asimmetrici, nella parte in cui si riferisce alla volontà ipotetica delle parti, da un lato, finirebbe per frustrare le finalità di tutela dell'intera normativa consumeristica poiché «(è chiaro, infatti, che *ex latere proferentis*, la clausola vessatoria è sempre essenziale e, dunque, il contratto sempre nullo)», e, dall'altro, si tradurrebbe «in un'inutile

Si ritiene, piuttosto, che quando la valutazione di abusività colpisca una clausola essenziale di un contratto asimmetrico, la nullità sia necessaria per definizione, ma possa restare circoscritta alla singola clausola – *id est* essere parziaria - senza contagiare l'intero atto negoziale, a patto che sia consentito un intervento correttivo che ne assicuri la conservazione in funzione riequilibrante.

Oltretutto, anche a voler ammettere l'applicazione dell'art. 1419 c.c. ai contratti asimmetrici, si potrebbe configurare il rischio che l'essentialità richiamata dalla predetta disposizione venga invocata da parte del contraente non protetto, in danno del destinatario della tutela sottesa all'istituto della nullità di protezione. Si profilerebbe, dunque, il rischio di un uso abusivo della nullità parziale da parte del contraente forte, che esporrebbe il consumatore all'ingiusta alternativa tra subire un contratto squilibrato a suo danno e rinunciare allo stesso, accettandone la totale caducazione⁸³.

4.3 (segue) L'accertamento della vessatorietà: in particolare, il problema delle clausole c.d. principali.

Una volta stabilito se il contenuto di una clausola abbia avuto carattere essenziale ai fini della prestazione del consenso contrattuale, appare utile anche soffermarsi sulle caratteristiche del giudizio di vessatorietà.

Come è noto, il codice del consumo, all'art. 33, comma 1, definisce come “vessatorie” le “clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio di diritti e degli obblighi derivanti dal contratto”. Se ne deduce, quindi, che gli elementi costitutivi dell'abusività di una clausola, oggetto di accertamento giudiziale, siano due: il significativo squilibrio (normativo) e la contrarietà a buona fede.

Una clausola contrattuale presenta profili di vessatorietà, innanzitutto, quando determina uno squilibrio di tipo normativo nel regolamento, consistente nella sproporzione tra i diritti e gli obblighi reciproci pattuiti dalle parti. Nei contratti del consumatore non rileva, invece, lo squilibrio economico, cioè la sproporzione tra i valori delle prestazioni reciproche. Quest'ultimo viene in considerazione solo nelle ipotesi di asimmetria (patologico-fattuale)

ripetizione della regola di non propagazione (dal punto di vista del consumatore l'esigenza primaria è quella della conservazione del contratto depurato della clausola vessatoria, sicché anche qui l'esito del test sarebbe il più delle volte scontato)».

⁸³ Si vedano le considerazioni di I. PRISCO, *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, cit., p. 195.

contemplate dal codice civile. Si pensi ai contratti conclusi in stato di pericolo o in stato di bisogno: in questi casi, si è in presenza di forme di asimmetria patologico-fattuale che si ripercuotono sull'equilibrio economico del contratto, tanto da giustificare una deroga al principio della insindacabilità dello scambio, al fine di eliminare lo squilibrio. Allora, la rescissione, di cui agli artt. 1447 e 1448 c.c., coerentemente con questa impostazione, costituisce, senza dubbio, un rimedio di carattere eccezionale, attribuendo al giudice il potere di effettuare un controllo sull'equilibrio economico del contratto, ma, nel contempo, conferma la regola generale predetta.

Nei contratti tra professionista e consumatore, invece, al giudice è sempre precluso il controllo sull'equilibrio economico.

Il potere riconosciuto al giudice di sindacare il solo squilibrio normativo trova, peraltro, conferma nell'art. 34, comma 2, cod. cons., in cui si prevede che la valutazione giudiziale circa il carattere vessatorio della clausola non può attenersi né alla determinazione dell'oggetto del contratto, né alla adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi. Tali clausole, note come clausole principali⁸⁴ del contratto, esulano dalla valutazione di vessatorietà.

Questa regola, tuttavia, subisce una eccezione significativa, ai fini della presente analisi, poiché la preclusione al sindacato di tali clausole vale nei limiti in cui esse siano redatte in modo chiaro e comprensibile. Pertanto, in base a una lettura a contrario della disposizione, è dato desumere che, ove gli elementi dell'oggetto e dell'adeguatezza del prezzo non siano individuati in modo trasparente, la valutazione del giudice può essere estesa anche all'equilibrio economico del contratto⁸⁵. L'intrasparenza di una clausola principale, quindi, proprio in considerazione dell'importanza del suo contenuto, giustifica l'intervento giudiziale in quanto sintomo di uno squilibrio sostanziale del contratto⁸⁶. La valutazione di vessatorietà

⁸⁴ M. FARNETI, *La vessatorietà delle clausole "principali" nei contratti del consumatore*, Padova, 2009, p. 228 ss. definisce "clausole principali" quelle che sfuggono al controllo di vessatorietà, mentre quelle ammesse alla verifica giudiziale sono tutte le altre. La definizione di clausola principale, dunque, non si fonda sulle tassonomie dogmatiche classiche, ma identifica una formula convenzionale utile a individuare più facilmente il concetto di clausola cui il consumatore presta attenzione. La nozione di clausola principale si attegna, quindi, come nozione flessibile, poiché la decisione dell'acquisto può essere determinata da condizioni o elementi in sé secondari o, comunque, non oggettivamente essenziali. Inoltre, l'importanza di un elemento, per il consumatore, dipende anche dal regolamento in cui è inserito.

⁸⁵ A riguardo, M. FARNETI, *La vessatorietà delle clausole "principali" nei contratti del consumatore*, cit., p. 310 ss., osserva che la valutazione di vessatorietà delle clausole di cui all'art. 34, comma 2, cod. cons. attiene a «quegli "elementi" del contratto nel cui esclusivo apprezzamento il consumatore compie la scelta di contrarre. Dato che qui la sua attenzione si assume presente per definizione, a rigore l'unico sistema per ostacolarlo nella piena comprensione dei termini effettivi del rapporto consisterà nell'impiego strumentale di formule, linguaggio e altri accorgimenti tecnici tali da rendere inaccessibile o sfuggente l'incidenza dell'"elemento" in rapporto alle limitate capacità di un contraente non professionale». Se ne conclude, allora, che il giudizio di vessatorietà, rapportato a questi elementi, consista nella verifica specifica di trasparenza, e non nell'accertamento di uno squilibrio sostanziale.

⁸⁶ In questo senso sono: G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 26 ss.; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in *Trattato del contratto*, a cura di IV. Roppo, V, Milano, 2006,

di queste clausole, allora, lungi dal tradursi in un vero e proprio controllo sostanziale sul loro squilibrio, consiste in una verifica di trasparenza.

La presunta equivalenza “intrasparenza = vessatorietà” della clausola è, tuttavia, messa in discussione da un autorevole orientamento, secondo il quale «*la mancanza di trasparenza non significa di per sé “squilibrio”*», pur costituendo un utile indice dal quale desumerne la sussistenza, alla luce anche di altri elementi⁸⁷. Il controllo di vessatorietà previsto dalla direttiva, invero, è un controllo che attiene al contenuto del contratto. Pertanto – secondo questa posizione - una volta accertata l'opacità di una clausola, il giudice dovrebbe anche verificare se essa sia idonea, in relazione al suo contenuto, a produrre un eccessivo squilibrio nel contratto.

A questa tesi è stato, però, condivisibilmente obiettato che, così ragionando, si finirebbe per sdoppiare il concetto di vessatorietà, introducendo una discutibile distinzione tra una vessatorietà contenutistica, di cui all'art. 33 cod. cons., e una vessatorietà legata alla opacità della clausola, ai sensi dell'art. 34, comma 2, cod. cons.. In considerazione di ciò, si esclude che la intrasparenza possa essere sinonimo di vessatorietà, ma si ritiene che essa costituisca una delle circostanze dalle quali dedurre la sussistenza di uno squilibrio da sanzionare⁸⁸.

Nel proseguire l'analisi sul giudizio di vessatorietà, si osserva anche che l'art. 34, comma 2, cod. cons. riproduce testualmente la lettera dell'art. 4, comma 2, della Direttiva n. 93/13/CEE, benché la Corte di Giustizia abbia precisato che quella in commento non costituisce una disposizione imperativa e vincolante per gli Stati membri. Tanto è vero che, nella sentenza *Caja* del 2010, i giudici europei hanno sancito la compatibilità con la Direttiva della normativa spagnola, che riconosce al giudice il potere di sindacare l'equilibrio normativo dei contratti con i consumatori⁸⁹.

Proprio alla luce degli orientamenti della giurisprudenza europea e della stessa lettera dell'art. 34, comma 2, cod. cons., attenta dottrina⁹⁰ evidenzia come, oggi, non sia possibile

p. 554 ss..

⁸⁷ Il riferimento è a G. D'AMICO, *La vessatorietà delle clausole floor*, in *Contr.*, 2017, 3, p. 262 ss..

⁸⁸ Queste considerazioni sono di S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: “il mondo di ieri” o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Contr.*, 2014, 10, p. 853 ss..

⁸⁹ Corte di Giustizia, 3 giugno 2010, causa C-484/2008, *Caja de Ahorros*, in www.curia.europa.eu. Per un commento alla sentenza, si veda A.VIGLIANISI FERRARO, *La sentenza Caja de Ahorros e l'armonizzazione tradita*, in *Contr.*, 2010, p. 880 ss..

⁹⁰ Il riferimento è, in particolare, a A. ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 708 ss., il quale osserva che il limite al sindacato del giudice sugli elementi meramente economici del contratto sarebbe smentito anche dall'esperienza giuridica dei Paesi nordici, che «estendono senza preclusioni il sindacato giudiziale all'intero contenuto del contratto, ma anche dalle norme che in diversi sistemi giuridici rimettono al giudice il compito di determinare il corrispettivo di beni e servizi, ove questo non sia stato pattuito dalle parti ovvero di rescindere il contratto ove accerti una sproporzione rilevante tra le prestazioni ivi previste».

patrocinarne l'idea che sussista un nucleo essenziale dell'accordo negoziale interamente riservato alla autonomia contrattuale e del tutto impermeabile a qualsivoglia controllo esterno. Oltretutto, l'assunto della insindacabilità dell'accordo economico del contratto sembra essere contraddetto anche dal fatto che, ai sensi dell'art. 34, comma 1, cod. cons., gli elementi in questione assumono rilievo pure nella valutazione della vessatorietà degli altri elementi costitutivi del contratto.

Nonostante la condivisibilità di tali considerazioni, rimane, comunque, acceso il dibattito sulla questione se vi sia ancora un nocciolo duro del contratto, rappresentato dall'accordo economico, del tutto insindacabile dal giudice o se, invece, l'autonomia privata vada essere temperata con altri valori ed esigenze.

Agli esposti dubbi interpretativi si aggiungevano, fino a poco tempo fa, quelli relativi all'altro elemento costitutivo della vessatorietà richiesto dall'art. 33 cod. cons., e cioè la contrarietà della clausola alla buona fede.

Il testo dell'art. 33, comma 1, cod. cons. prospetta una discutibile traduzione del dettato originario della Direttiva, da cui sono scaturite numerose questioni interpretative, da ritenere oggi ormai superate.

La disposizione in esame recita che la clausola è vessatoria quando determina un significativo squilibrio *“malgrado la buona fede”*. Si pone, quindi, il problema di stabilire quale sia la rilevanza degli stati soggettivi delle parti, cioè se la clausola sia abusiva in quanto oggettivamente ingiusta ovvero se il giudizio di vessatorietà costituisca una forma sanzione per un comportamento doloso o colposo.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia e una parte della dottrina sembrano orientate, tradizionalmente, a qualificare il requisito della buona fede in senso soggettivo, riferendolo al professionista: cioè la clausola che determina un significativo squilibrio sarebbe vessatoria, nonostante l'ignoranza della situazione di squilibrio da parte del professionista. A sostegno di tale tesi viene invocato il dato teleologico: concepire la buona fede in senso soggettivo consentirebbe, infatti, di evitare di addossare sul consumatore l'onere della prova della colpa del professionista.

Nonostante il Consiglio di Stato, in sede di parere sulla approvazione del codice del consumo, avesse suggerito di intervenire sul testo della disposizione per chiarirne il significato, la Relazione di accompagnamento al codice sembra confermare la tesi soggettiva: si afferma che vanno qualificate *«come abusive le clausole contrattuali che determinano un significativo squilibrio tra le prestazioni, in danno del consumatore, nonostante la buona fede soggettiva dell'altro contraente, senza richiedere l'accertamento ulteriore della violazione*

delle regole della buona fede».

Quest'ultima impostazione risponderebbe, invero, alla esigenza di rafforzare il livello di tutela del consumatore, stante le forti ripercussioni che derivano da essa sul piano dell'onere probatorio.

L'interpretazione esposta, tuttavia, non convince quanti osservano che essa sembra contrastare sia con la volontà del legislatore europeo, sia con vari dati sistematici. Basti solo considerare che, nell'ambito del codice civile, la buona fede soggettiva trova un ambito di applicazione del tutto limitato, con particolare riguardo agli acquisti *a non domino*, non assurgendo a regola centrale del diritto contrattuale.

Vi è chi ritiene, allora, che la buona fede vada intesa in senso oggettivo, come conformità della clausola al parametro della correttezza. In quest'ottica, la buona fede *ex art. 33 cod. cons.* costituirebbe un parametro di valutazione dell'abusività della clausola: la pattuizione è abusiva solo quando determina uno squilibrio che sia in contrasto con il principio di buona fede.

L'attendibilità di quest'ultima lettura sembra, oggi, trovare un pacifico riscontro nella modifica che è stata recentemente apportata al testo della Direttiva n. 93/13/CEE. La locuzione "*malgrado il requisito della buona fede*" è stata, infatti, sostituita dalla locuzione "*in contrasto con il requisito della buona fede*"⁹¹. Tale rettifica avrebbe, così, chiarito la qualificazione in termini propriamente oggettivi, anziché soggettivi, della buona fede, venendo in considerazione quale parametro per l'accertamento della vessatorietà.

Tuttavia, il quasi totale silenzio che ha accolto la novità nell'ambito della dottrina italiana impone, da un lato, di segnalarla, e, dall'altro, di trarne le dovute conseguenze, stante l'impatto che avrà sull'accennato dibattito. A riguardo, ci pare evidente che a prevalere sia ormai la necessità di una interpretazione in linea con l'inequivocabile dettato della Direttiva.

Il tema verrà, comunque, ripreso più avanti. Anche perché, a seconda di come si sciogla tale dubbio interpretativo, si perviene a una risposta diversa circa la possibilità di riconoscere alla buona fede una funzione anche correttiva del regolamento contrattuale, come si vedrà meglio nel prosieguo.

5. La discutibile tesi della nullità totale del contratto e il problema della sua

⁹¹ La rettifica alla Direttiva n. 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, è stata pubblicata il 4 giugno 2015 nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea e, successivamente nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana il 3 agosto 2015, ma sembra essere passata quasi inosservata dagli operatori del diritto nazionali.

compatibilità con la disciplina europea.

Le considerazioni sopra svolte in merito ai criteri da seguire nel giudizio di vessatorietà e alla individuazione delle clausole essenziali del contratto consentono di giungere a focalizzare la questione centrale del presente lavoro: quella delle conseguenze della pronuncia di vessatorietà di una clausola essenziale.

La possibilità della caducazione dell'intero contratto, a seguito della espunzione di una clausola vessatoria a carattere essenziale, è stata predicata da una parte della dottrina già in sede di primo recepimento della Direttiva n. 93/13/CEE.

E' stato da taluni sostenuto che la sanzione della inefficacia parziale, comminata dall'art. 1469 *quinquies* c.c., avrebbe potuto condurre alla inefficacia totale in almeno tre situazioni particolarmente gravi: quando sono inefficaci numerose clausole tra loro funzionalmente collegate; quando sono inefficaci clausole attinenti all'oggetto del contratto o all'adeguatezza del corrispettivo; quando sia pregiudicato l'equilibrio tra prestazioni⁹².

Anche dopo l'entrata in vigore del codice del consumo, è rimasta immutata la tesi della nullità totale del contratto, quale conseguenza inevitabile della nullità che colpisca una clausola essenziale⁹³. Secondo questa impostazione, quando l'abusività riguarda una clausola di rilevanza essenziale per la sopravvivenza del contratto, alla caducazione della stessa conseguirebbe, logicamente, il travolgimento dell'intero contratto. Ciò sull'assunto che, in queste ipotesi, e differentemente da quelle in cui la clausola nulla sia meramente accessoria, la nullità totale del contratto risponderebbe meglio e più efficacemente all'obiettivo di protezione del consumatore.

In realtà, questa tesi, nella sua versione più radicale, non appare persuasiva poiché, a ben vedere, non sempre la nullità totale rappresenta davvero la soluzione preferibile per il consumatore, e pone, oltretutto, problemi di compatibilità con la disciplina europea.

Giova ricordare che la questione in esame si prospetta poiché, come rilevato, l'art. 6 paragrafo 1 della Direttiva n. 93/13 non si limita a prospettare la conservazione del contratto in caso di abusività di una clausola, ma prevede anche una eccezione a questa regola, stabilendo che il contratto resti sì vincolante per le parti, ma “*sempre che ciò sia possibile*”. Questo significa che il legislatore comunitario, con questo inciso, ha ipotizzato la possibilità che dalla eliminazione della clausola abusiva possa discendere, eccezionalmente, la caducazione dell'intero contratto.

⁹² Si veda L. VALLE, *La categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1998, I, p. 1206 ss..

⁹³ In tal senso, S. MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (Nota a margine dell'art. 1469 quinquies, commi 1 e 3, c.c.)*, cit., p. 568 ss..

Questa precisazione non si ritrova, invece, nella disposizione italiana di attuazione della Direttiva, cioè nell'art. 36 cod. cons., così come nel precedente art. 1469 *quinquies* c.c.: entrambe le disposizioni si limitano a prevedere la nullità relativa della singola clausola vessatoria e la conservazione del contratto “per il resto”.

A riguardo, i primi attenti commentatori della legge di attuazione hanno ravvisato, in questa scelta legislativa a favore della nullità (necessariamente) parziale, la volontà di dettare disposizioni più severe a favore del consumatore, secondo quanto permette l'art. 8 della Direttiva; tanto si giustificerebbe nell'ottica di consentire agli Stati membri di rafforzare la tutela minima garantita dalla Direttiva stessa.

Cionondimeno, la dottrina si è interrogata circa la possibilità che il contratto vada incontro a una sorte di nullità totale, ove la valutazione di vessatorietà riguardi una clausola relativa a un elemento essenziale oppure nel caso in cui tale valutazione abbia colpito un gran numero di clausole del contratto.

A riguardo, taluni hanno osservato che la previsione della nullità totale del contratto contenente clausole abusive sembrerebbe, in tali ipotesi, del tutto coerente con il principio di armonizzazione minima espresso dalla Direttiva 93/13/CEE, ove detta soluzione sia in grado di assicurare una miglior tutela per il contraente debole, rispetto alla conservazione del contratto depurato della clausola abusiva.

Ma il punto merita di essere approfondito per giungere a conclusioni diverse.

Imprescindibile, anche in questo caso, è l'analisi della giurisprudenza europea, che ha affrontato più volte la questione in esame.

In particolare, nella sentenza *Pereničová*⁹⁴ la Corte di Giustizia ha valutato la compatibilità con la Direttiva della normativa slovena nella parte in cui prevede la nullità dell'intero contratto, anziché della singola clausola abusiva, ogniqualvolta siffatto rimedio sembri garantire una miglior tutela per il consumatore.

A riguardo, i giudici affermano che la nullità totale costituisce una ipotesi eventuale ed eccezionale, dal momento che la Direttiva ha di mira la sopravvivenza del contratto, non il

⁹⁴ Corte di Giustizia, 25 marzo 2012, causa C-453/10, *Pereničová e Perenič*, in www.curia.europa.eu. La questione pregiudiziale prende le mosse da un caso di accertamento della nullità di un contratto di credito al consumo recante l'indicazione di un Taeg non trasparente. La Corte di Giustizia è stata chiamata da giudice slovacco a stabilire «se l'ambito della tutela del consumatore di cui all'art. 6.1 della dir. 93/13 sia tale da consentire, nel caso in cui siano individuate clausole contrattuali abusive, di considerare che il contratto nel suo complesso non vincola il consumatore qualora ciò sia più favorevole a quest'ultimo». I ricorrenti chiedevano, infatti, al giudice del rinvio di dichiarare la nullità dell'intero contratto di credito al consumo, sostenendo che una caducazione solo parziale delle singole clausole vessatorie non avrebbe assicurato adeguata tutela, in quanto non rispondente ai loro interessi. Per un commento alla sentenza si veda: M.G. FANELLI, *La recente giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla direttiva n. 93/13/CEE in materia di clausole abusive*, in *Contr. e impr.*, 2012, 2, 967 ss..

suo annullamento, nella prospettiva di ristabilire l'uguaglianza sostanziale tra i contraenti. Si precisa, tuttavia, che la possibilità che il negozio venga conservato deve essere valutata alla stregua di un criterio di tipo oggettivo, non soggettivo, cioè che tenga conto non esclusivamente del vantaggio derivante alla parte debole dalla caducazione dell'intero contratto, bensì anche delle esigenze riconducibili alla certezza giuridica delle attività economiche. Difatti, se la *ratio* della normativa consumeristica è anche la tutela dello sviluppo del mercato, da realizzare per il tramite della protezione del consumatore, ne consegue, allora, che il rimedio contro le clausole abusive debba tenere in considerazione anche l'affidamento della controparte contrattuale.

In tal modo, la Corte di Giustizia ha chiarito che obiettivo primario della Direttiva non è la tutela del solo interesse del consumatore, ma anche di un interesse più generale, con il quale primo andrebbe temperato. Tale finalità verrebbe, invece, inevitabilmente compromessa se il consumatore potesse chiedere sempre la nullità dell'intero contratto, ove per lui più favorevole. Tanto si sostiene al fine di evitare che il rimedio della nullità totale possa costituire un *escamotage* per consentire al consumatore di liberarsi di un vincolo contrattuale divenuto sgradito.

Il ragionamento fin qui svolto dalla Corte di Giustizia appare condivisibile. Sennonché, desta perplessità l'affermazione secondo cui resterebbe, comunque, fermo, anche in queste ipotesi, il principio per cui *«la direttiva non osta a che uno Stato membro preveda, nel rispetto del diritto dell'Unione, che un contratto stipulato tra professionista e consumatore e contenente clausole abusive sia nullo nel suo complesso qualora ciò risulti garantire una migliore tutela del consumatore»*.

Quest'ultima considerazione suscita alcune perplessità, poiché sembra tradire il principio enunciato in premessa alla decisione. Se tanto il tenore letterale dell'art. 6 della Direttiva, quanto le esigenze relative alla certezza giuridica delle attività economiche conducono a un *“approccio obiettivo in sede di interpretazione di detta disposizione”*, risulta difficile capire per quale motivo la Corte recuperi un criterio di ordine soggettivo quando lascia agli Stati la scelta di prevedere la nullità totale del contratto contenente clausole abusive, ove ciò assicuri una *“miglior tutela del consumatore”*⁹⁵.

⁹⁵ Attenta dottrina osserva, criticamente, che la Corte di Giustizia, nel reputare legittima la scelta dei legislatori interni di prevedere la nullità totale del contratto non in quanto il venire meno delle clausole vessatorie pregiudichi la possibilità di sopravvivenza del contratto, ma in quanto rispondente alla *“miglior tutela del consumatore”*, finisce per condurre a un esito non condivisibile: *«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 a un parametro soggettivo, seppur riferito alla sola parte consumatore»*. Così R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Joros e Asbeek Brusse*, cit. p.

Secondo una attenta dottrina, l'esigenza di garantire una effettiva tutela al consumatore può, eventualmente, condurre alla caducazione dell'intero contratto soltanto nei casi in cui questa soluzione risponda anche all'interesse più generale perseguito dalla Direttiva, secondo una prospettiva di bilanciamento tra interessi contrapposti, ma interdipendenti. In tal modo, l'interesse generale inscindibilmente connesso alla tutela delle istanze della parte debole *«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»*⁹⁶.

Tanto è vero che la stessa Corte di Giustizia sembra rivedere la portata del principio enunciato nel caso *Periničova* in una successiva sentenza, quella sul caso *Jörös* del 2013⁹⁷.

In questa occasione, i giudici muovono esattamente dalle medesime premesse delineate nel precedente del 2012, ma pervengono a conclusioni parzialmente difformi.

Il giudice nazionale, una volta constatato il carattere abusivo di una clausola, deve adempiere due compiti: da un lato, deve *«attendere che il consumatore presenti una domanda, e 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»*; dall'altro, è tenuto a *«valutare, in linea di principio, sulla base di criteri oggettivi, se il contratto di cui trattasi possa sussistere anche senza detta clausola»*.

Secondo la Corte di Giustizia, dunque, in assenza di una espressa previsione della nullità totale, l'art. 6 della Direttiva implica che la valutazione circa la sopravvivenza del contratto depurato dalla clausola abusiva non può fondarsi solo sull'eventuale vantaggio per il contraente protetto, ma richiede anche l'impiego di criteri attinenti all'assetto oggettivo che le parti hanno dato ai loro interessi⁹⁸.

La nullità totale del contratto in tanto può essere invocata dal consumatore, in quanto questo risultato costituisca la logica ed estrema conseguenza del venir meno di un requisito di validità del contratto. In tal modo, sarebbe possibile prospettare un punto di equilibrio tra la posizione del consumatore e quella del professionista.

Proprio in considerazione di ciò, parte della dottrina guarda con perplessità alla compatibilità con la Direttiva di norme nazionali che predicano la nullità totale del contratto

396.

⁹⁶ Cfr. sempre R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Joros e Asbeek Brusse*, cit., p. 400.

⁹⁷ Corte di Giustizia, 30 maggio 2013, causa C-397/11, *Jörös*, in www.curia.europa.eu.

⁹⁸ Queste osservazioni sono di A. ALBANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 726 ss..

sulla base della valutazione dell'interesse esclusivo del consumatore⁹⁹. Si pensi, in particolare, al paragrafo 306, Absatz 3 BGB, in cui si dispone la nullità dell'intero contratto quando, a seguito della caducazione di clausole vessatorie, si produca una situazione di insostenibile squilibrio per una delle parti.

Siffatte disposizioni dovrebbero essere rilette in senso oggettivo: il contratto non può obiettivamente sussistere solo nei casi in cui il suo significato risulta compromesso, alla luce dell'interesse di entrambe le parti. Per tale via, si punta, concretamente, a realizzare l'uguaglianza sostanziale tra i contraenti.

Vero è, tuttavia, che la nullità totale del contratto, anche in queste ipotesi, non appare, comunque, una soluzione pienamente persuasiva quando essa non realizza alcun vantaggio per il consumatore, tanto che questi finirebbe per essere maggiormente pregiudicato dalla caducazione del contratto, che non dalla esecuzione dello stesso, ancorché contenente clausole vessatorie.

La caducazione di un contratto di mutuo, ad esempio, esporrebbe il mutuatario all'obbligo di restituzione immediata della somma ricevuta in prestito, con l'ulteriore rischio che, ove questo difetti della liquidità necessaria, finirebbe per essere esposto anche al procedimento di esecuzione azionato dal creditore, in forza della garanzia che accede al contratto. In tal caso, la sopravvivenza del contratto depurato della clausola vessatoria e la conseguente sostituzione di questa si rendono necessarie a garantire la protezione dell'interesse del consumatore¹⁰⁰; mentre «*un caducarsi del contratto, costellato dalle conseguenze restitutorie di cui sopra, non incentiva certo il consumatore a denunciare la clausola abusiva intaccando così la stessa finalità deterrente dell'art. 7, evidentemente commisurata al numero esponenziale di impugnazioni singole*»¹⁰¹.

Al fine di evitare un risultato così paradossale, si ritiene di aderire a quanti, in dottrina¹⁰², sostengono che il giudice sia chiamato a valutare, in linea con l'obiettivo finale della Direttiva, la possibilità di mantenere in vita il contratto: in tal modo, il consumatore verrebbe posto nelle

⁹⁹ Si rinvia, nuovamente, alle considerazioni di R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Joros e Asbeek Brusse*, cit., p. 397.

¹⁰⁰ Questa sembra essere la soluzione patrocinata dalla maggioranza delle decisioni dell'Arbitro Bancario Finanziario, le uniche, nel nostro ordinamento, ad aver affrontato direttamente il problema della integrabilità del contratto privato di una clausola vessatoria. Dall'analisi di questa giurisprudenza emerge come, in genere, l'esigenza di garantire una efficace tutela del consumatore implichi la conservazione del regolamento attraverso l'integrazione sostitutiva ai sensi dell'art. 1374 c.c.. Cfr. ABF, Collegio arbitrale di Milano, 14 ottobre 2016, n. 9190; ABF, Collegio arbitrale di Milano, 9 marzo 2012, n. 707; ABF, Collegio arbitrale di Napoli, 3 novembre 2011, n. 2374. Tutte le decisioni citate sono reperibili su www.arbitrofinanziario.it.

¹⁰¹ Queste considerazioni sono svolte da S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, cit., p. 858.

¹⁰² Si vedano le considerazioni di L. VALLE, *La vessatorietà delle clausole, oltre la nullità parziale*, cit., p. 126 ss.; ID., *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, cit., p. 240 ss..

condizioni di poter effettivamente conseguire i beni o i servizi oggetto del contratto, evitandone il venir meno; e, al contempo, potrebbe non dover soggiacere a clausole vessatorie.

Oltretutto, la necessità di assicurare, il più possibile, la sopravvivenza del contratto esplicherebbe un effetto concretamente dissuasivo nei confronti del professionista, il quale, anziché liberarsi del vincolo contrattuale dichiarato nullo, soggiacerebbe alla ben più gravosa conseguenza di dover eseguire quel negozio, una volta depurato delle clausole vessatorie per il consumatore, ma per lui più favorevoli, e corretto nel suo contenuto in ottica conformativa.

In conclusione, se la nullità parziale costituisce la regola e se tale rimedio opera solo a vantaggio del consumatore, ne consegue che solo assicurando il più possibile la conservazione del contratto si realizza un effettivo vantaggio per quello. Diversamente ragionando, si finirebbe per contraddire proprio la *ratio* stessa della disciplina che – lo si ribadisce – è quella di garantire al consumatore la persistente efficacia del contratto concluso, eliminata la situazione di squilibrio¹⁰³.

E ciò, si ritiene, varrebbe, a maggior ragione, quando la clausola riguardi elementi essenziali del contratto.

Giova, peraltro, rilevare che la questione in esame non è stata finora molto analizzata né dalla dottrina, né dalla giurisprudenza europea e nazionale, eccezion fatta per la soluzione offerta dalla Corte di Giustizia sul citato caso *Kàsler*.

È, comunque, possibile osservare che la questione dell'effettiva sopravvivenza del contratto quando la vessatorietà colpisca una clausola relativa a elementi essenziali è strettamente connessa alla discussa questione, logicamente consequenziale, se sia ipotizzabile un intervento integrativo e/o correttivo sul contratto, eventualmente anche da parte del giudice, proprio al fine di salvarlo dalla nullità totale, finanche in casi così gravi.

È vero che né l'art. 6 della direttiva, né l'art. 36 cod. cons. prevedono alcunché circa la possibilità di integrare il contratto in funzione di ripristinarne l'equilibrio alterato dalla pattuizione vessatoria. Ma forse, non dettando alcuna regola sul punto, è probabile che la scelta dei legislatori sia stata quella di escludere, nell'interesse del consumatore, che il

¹⁰³ A riguardo, è stato osservato che la nullità dell'intero contratto, in alcuni casi, potrebbe rivelarsi un rimedio «peggiore del male quante volte la particolare natura degli interessi divisati dal contratto (si pensi alla legislazione lavoristica o locatizia, a quella relativa all'acquisto di diritti reali su immobili da costruire, al contratto di viaggio) o la difficoltà di reperire valide alternative sul mercato (si pensi al contratto di subfornitura) o agli investimenti già eseguiti in vista della esecuzione del contratto (si pensi al contratto di *franchising*) o altre particolari circostanze concorrenti a caratterizzare la situazione complessiva, rendano la caducazione del contratto maggiormente svantaggiosa rispetto alla sua conservazione, a dispetto dello squilibrio in esso presente» (così A. LA SPINA, *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, cit., p. 320 ss.).

consumatore possa invocare «un meccanismo di transizione alla inefficacia totale [rectius, alla nullità totale] del genere di quello codificato dall'art. 1419, comma 1, c.c.»¹⁰⁴, e non di escludere a priori strumenti di integrazione del contratto.

Oltretutto, è possibile rinvenire, sia a livello europeo, che nazionale, numerose disposizioni di settore in cui si prevedono ipotesi di integrazione del contratto o con regole legali o, addirittura, attraverso l'intervento del giudice.

A livello europeo, il riferimento è, innanzitutto, al parag. 306 BGB, in cui è prevista l'integrazione con norme dispositive di legge, nonché alla legislazione dei Paesi scandinavi, in cui tanto la *Section 36* del *Contract Act*, quanto la *Section 1, Chapter 4* del *Consumer Protection Act* consentono la modifica di una clausola iniqua o in contrasto con la buona fede.

Ancor più significativi sono l'art. 3.10 dei *Principi Unidroit* sulla *gross disparity* e l'art. 4:109 dei *Pecl*, che accordano la possibilità di adattamento del contratto, da parte del giudice, su richiesta della parte legittimata all'annullamento.

Rilevanti considerazioni possono essere tratte anche dalla normativa interna. Si pensi al testo originario dell'art. 7, comma 3, del d.lgs 231/2002 in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Prima della riforma del 2012, la disposizione riconosceva al giudice, addirittura, il potere equitativo-correctivo di ricondurre a equilibrio il rapporto contrattuale, ove la clausola sul termine di pagamento fosse nulla per grave iniquità. A seguito del d.l. 192/2012 la previsione di tale correctivo del giudice è stata eliminata, ma la disposizione, oggi, rinvia agli artt. 1339 e 1419 c.c., ammettendo, comunque, una forma imperativa di modificazione del contratto (*sub specie* di sostituzione di clausole).

Alla luce di questa breve rassegna normativa – la cui analisi verrà approfondita nel prosieguo del lavoro – emerge come i legislatori abbiano predisposto, in vari settori, strumenti di intervento sul contratto in funzione conservativa. Questo conferma come la mera caducazione della clausola abusiva, di per sé, non realizzi sempre una tutela completa per il consumatore, il quale ha interesse alla sopravvivenza del contratto, una volta modificato secondo quanto necessario a eliminare la situazione di squilibrio.

Questo intervento modificativo, peraltro, non potrebbe essere aprioristicamente escluso neanche, e *a fortiori*, quando la nullità colpisca una clausola essenziale del contratto, poiché, proprio in questi casi, si rende necessario salvaguardare, il più possibile, il regolamento. Quanto maggiore è la rilevanza della pattuizione viziata per l'operazione negoziale posta in essere, tanto maggiore dovrebbe essere la possibilità di intervento *ex post* sul contratto, al fine

¹⁰⁴ Si rinvia alle considerazioni svolte, prima dell'entrata in vigore del codice del consumo, da V. ROPPO, voce *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1996, p. 10, ma che si ritengono valide anche alla luce del nuovo dettato normativo dell'art. 36 cod. cons..

di raggiungere un punto di equilibrio tra gli interessi contrapposti.

In conclusione sul punto, si ritiene che la nullità totale potrebbe essere ammessa, al più, in quei casi, del tutto rari ed eccezionali, in cui il regolamento contrattuale non possa sussistere senza la clausola vessatoria per ragioni del tutto oggettive, afferenti alla struttura stessa del contratto. Il travolgimento dell'intero contratto potrebbe essere escluso, invece, quando la valutazione di vessatorietà attenga al semplice bilanciamento tra interessi contrattuali contrapposti¹⁰⁵, poiché, in tal caso, l'esigenza di protezione effettiva a favore del consumatore imporrebbe al giudice di fare il possibile per salvare il regolamento.

Per tutti questi motivi, dunque, l'indagine qui avviata ritiene di dover superare la tesi della nullità totale del contratto asimmetrico per invalidità di una clausola essenziale, preferendosi sostenere che, anche in questa ipotesi, trovi applicazione la regola dell'art. 36 cod. cons..

L'analisi così impostata dovrà, ora, proseguire a indagare i modi in cui il contratto privato della clausola vessatoria possa sopravvivere, individuando gli strumenti che consentano di superare efficacemente la lacuna creatasi su un aspetto centrale della pattuizione. L'adattamento del contratto dovrebbe, infatti, assicurare quella effettività della tutela della parte debole richiesta dalla normativa europea.

6. Analisi delle principali fattispecie interessate da fenomeni di integrazione o correzione: a livello normativo.

Prima di procedere nell'indagine sopra tratteggiata, ci pare necessario soffermare l'attenzione su quelle fattispecie rispetto alle quali il legislatore o i giudici abbiano affrontato il problema della integrazione o della correzione del contratto.

Escluso l'esito della nullità totale del contratto, in caso di caducazione di clausola abusiva essenziale, è opportuno soffermarsi, brevemente, sul dato normativo per verificare se, a fronte dell'operatività del rimedio della nullità parziale necessaria, sia possibile intervenire sulla lacuna contrattuale sopravvenuta, con l'obiettivo di colmarla.

La possibilità di integrare il contratto da cui sia stata eliminata la clausola nulla non è un tema del tutto nuovo, ma si è sempre posto all'attenzione dell'interprete in vari settori del

¹⁰⁵ Si rinvia, nuovamente, in via adesiva, alle chiare osservazioni di V. ROPPO, voce *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, cit., p. 10.

diritto contrattuale. Anche perché esso si inserisce – giova ricordarlo – nel più ampio problema dei rapporti tra poteri del giudice e autonomia privata.

Come accennato in precedenza, molteplici sono le fattispecie normative in cui il legislatore sembra prevedere, in modo più o meno esplicito, un intervento del giudice sul contratto, al fine di assicurarne la conservazione, soprattutto quando, in mancanza di una singola clausola (essenziale), il regolamento non sia in grado di funzionare correttamente.

Diverse, tuttavia, sono le modalità e l'intensità con cui il sindacato giudiziale può estrinsecarsi. Anzi, proprio la varietà di soluzioni normative e interpretative prospettabili pone il problema di stabilire quale sia (e se vi sia) una regola (o più regole) idonea a garantire l'obiettivo di manutenzione del contratto.

Tale riflessione sarà approfondita nei successivi paragrafi del presente lavoro e dovrà essere condotta avendo riguardo non solo alle regole proprie del nostro sistema civilistico, ma anche e soprattutto ai principi di stampo eurounitario che, nella materia consumeristica, svolgono un ruolo centrale e imprescindibile.

Proprio nella consapevolezza di questo contesto normativo e assiologico di riferimento si ritiene vadano letti gli sforzi della dottrina e della giurisprudenza di comprendere come si configuri il rapporto tra potere del giudice e autonomia negoziale, soprattutto nelle ipotesi di nullità contrattuale in funzione protettiva, che costituiscono l'oggetto privilegiato della presente indagine.

Per tentare di sciogliere questo nodo interpretativo, occorre prendere atto della presenza di norme che, pur non riguardando necessariamente ipotesi di nullità protettive, tuttavia, già prendono in considerazione il problema. La loro analisi sarà, dunque, utile e necessaria per valutare se possono essere di aiuto nella prospettazione di una possibile soluzione rispetto alla questione oggetto di esame.

Invero, già il codice civile sembra contemplare ipotesi di integrazione del contratto in funzione conservativo-correttiva. Vediamo, rapidamente, quali sono.

Si ricorda, innanzitutto, che nella versione originaria dell'art. 1815, comma 2, c.c., *ante* riforma del 1996, era prevista, in caso di nullità della pattuizione di interessi usurari, l'applicazione dei termini di pagamento legali, in luogo di quelli iniqui stabiliti dalle parti¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Sul tema, si rinvia a una cospicua e autorevole dottrina: M FRAGALI, *Sub art. 1815*, in *Comm. del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, artt. 1813-1822, Bologna-Roma, 2^a ed., 1966, p. 346 ss.; G.B. FERRI, *Interessi usurari e criterio di normalità*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, I, p. 289 ss.; G. ALPA, *Usura: problema millenario, questioni attuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 181 ss.; G. BONILINI, *La sanzione dell'usura*, in *Contr.*, 1996, p. 759 ss.; E. QUADRI, *La nuova legge sull'usura: profili civilistici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 1328 ss.; V. CARBONE, *Il meccanismo di determinazione del tasso-medio e del tasso-soglia*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 435 ss.; G. OPPO, *Lo "squilibrio" contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 533 ss.; A. GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv.*

Mentre, nel testo attuale, il legislatore esclude la debenza di qualsivoglia interesse, trasformando, sostanzialmente, il mutuo da oneroso in gratuito, in precedenza era, invece, prevista l'integrazione-correzione del contratto attraverso la sostituzione della pattuizione iniqua con la previsione legale della misura degli interessi dovuti.

È, invece, tutt'oggi, in vigore il testo originario dell'art. 1284, comma 3, c.c. che, in tema di obbligazioni pecuniarie, stabilisce, in via generale, la nullità del patto sugli interessi fissati in misura superiore alla soglia legale, ove privo di forma scritta. Anche in questo caso, si è in presenza di una ipotesi di nullità parziale del contratto, essendo travolta dalla declaratoria di invalidità la sola la pattuizione degli interessi sul capitale. Nel contempo, è lo stesso legislatore ad ammettere, a favore della conservazione del contratto, che il giudice dia diretta applicazione, in via sostitutiva, alla misura degli interessi fissata dalla legge. Questo significa che l'ordinamento reagisce alla lacuna contrattuale sopravvenuta riconoscendo l'operatività di un meccanismo di sostituzione-integrazione della clausola convenzionale nulla con una regola legale.

La *ratio* della disposizione appena esaminata pare, allora, coincidere con quella sottesa al previgente art. 1815, comma 2, e cioè garantire, il più possibile, la conservazione del contratto privato di una clausola essenziale nulla. In entrambi i casi, non solo l'integrazione della lacuna sopravvenuta è consentita, ma si realizza tramite la sostituzione della disciplina legale violata dalle parti e richiamata nel regolamento per mano del giudice, a tutela del debitore, considerato parte debole del rapporto giuridico.

Semmai, l'aspetto che si dovrà approfondire e se, davvero, una norma di diritto dispositivo, anziché una norma imperativa, possa essere richiamata dal giudice all'interno del regolamento contrattuale, trattandosi di norma (tendenzialmente) derogabile dall'autonomia privata.

Parte della dottrina ravvisa, poi, sempre nell'ambito del codice civile, anche disposizioni che confermerebbero la possibilità, per il giudice, di esercitare, addirittura, poteri più propriamente correttivi sul negozio, all'esito di un controllo sull'equilibrio anche economico. In tali ipotesi, non si tratterebbe, semplicemente, di colmare la lacuna sopravvenuta con una norma imperativa o di diritto dispositivo, ma sarebbe possibile riconoscere al giudice un potere di intervento, in via equitativa o secondo buona fede, che, più che integrare, finisce per modificare sensibilmente il contenuto contrattuale iniquo.

dir. civ., 2001, I, p. 369 ss.; G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit.; G. PASSAGNOLI, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, Padova, 2005; ID., *Ancora su regole e principi: l'usurarietà sopravvenuta*, in *Pers. e merc.*, 2015, 4, p. 103 ss.; A. DOLMETTA, *Su usura e interessi di mora: questioni attuali*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2013, 5, p. 501 ss.; F. GAMBINO, *L'usura "sopravvenuta" e l'indigenza del dato positivo*, in *Giust. civ.*, 2014, 3, p. 885 ss..

In questa chiave, sono lette disposizioni come l'art. 1526, comma 2, in tema di vendita a rate, in cui si statuisce che il giudice può ridurre l'indennità convenuta tra le parti a favore del venditore che trattenga le rate pagate; oppure l'art. 1660, comma 1, c.c., che consente all'appaltatore di ottenere un'equa indennità, ove decida di recedere dal contratto recante, per le variazioni del progetto, un importo che supera il sesto del prezzo complessivo pattuito dalle parti; oppure, ancora, l'art. 1934, comma 2, c.c., in forza del quale il giudice può ridurre la domanda ove la posta pattuita per il gioco o la scommessa venga ritenuta eccessiva.

Secondo parte della dottrina, nelle richiamate fattispecie *«sarebbe antieconomico porre nel nulla le determinazioni private laddove l'interesse principale dei contraenti resta prevalentemente quello di conservare il contratto»*¹⁰⁷.

Tale ultima argomentazione dovrà essere adeguatamente sviluppata, ma, certo, si può osservare come, in questi casi, pur non venendo necessariamente in considerazione un problema di invalidità, la legge riconosce al giudice un sindacato particolarmente penetrante sull'equilibrio contrattuale.

Ancora più significative, ai fini della presente indagine, sono poi quelle disposizioni del codice, in materia di contratti di impresa, in cui viene riconosciuto al giudice finanche un potere di determinazione del prezzo, ove non sia pattuito dalle parti o non sia altrimenti determinabile.

Si pensi alle norme sul prezzo in tema di vendita (art. 1473 c.c.), o di appalto (art. 1657 c.c.), o di lavoro autonomo (art. 2225 c.c.), o di mandato e figure affini, come la commissione e la spedizione. In queste fattispecie, a difettare è, addirittura, un elemento essenziale del contratto, la cui fissazione viene rimessa, in ultima istanza, al giudice; il quale, presumibilmente, integra il regolamento secondo equità, incidendo in modo particolarmente rilevante sull'autonomia privata. Ma tali fattispecie sembrano accomunate da un aspetto: se la legge contempla questa possibilità, sembrerebbe che a muoverla sia l'esigenza di garantire la conservazione del contratto, finanche quando privo di una clausola essenziale per la sua stessa sopravvivenza, piuttosto che permettere la sua caducazione per nullità *ex art.* 1418 c.c..

La lettura di tutte le disposizioni fin qui indicate ci sembra chiami lo studioso a interrogarsi sull'estensione del sindacato giudiziale, soprattutto in una materia come quella consumeristica, ove il giudizio di nullità presuppone l'accertamento della sussistenza di uno squilibrio significativo nei diritti e negli obblighi delle parti. L'esigenza di conservazione del regolamento per il tramite di una integrazione/correzione dello stesso, in questi ultimi casi, si

¹⁰⁷ M.C. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e poteri correttivi del giudice*, Padova, 2010, p. 244, secondo la quale, siffatte ipotesi dovrebbero condurre ad ammettere la possibilità, per il giudice, di intervenire a correggere il contratto, superando l'idea dell'insanabile contrasto tra potere correttivo e autonomia privata.

intreccia strettamente con la funzione della nullità speciale, che è quella di proteggere il contraente debole.

Non a caso, è nell'ambito della legislazione speciale che il legislatore contempla, sempre più spesso, forme più o meno intense di sindacato giudiziale del contratto, suscettibile di tradursi anche nell'integrazione dello stesso.

Significativo, in tal senso, è l'art. 117, comma 6, del T.U.B., in materia di contratti bancari - ma analoghe considerazioni potrebbero essere svolte per per l'art. 123, commi 4 e 5 del T.U.B., in materia di contratti di credito al consumo - che, sanziona con la nullità e la non apposizione «*le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati*». Si deve ritenere che, anche in questo caso, la tutela del contraente debole contro clausole opache passi attraverso la conservazione del contratto a seguito della sostituzione delle stesse con la regola legale violata.

Ma i poteri spettanti al giudice nell'ottica della manutenzione del contratto appaiono ancora più incisivi quando si prospetta una vera e propria integrazione giudiziaria.

Si ricorda la versione originaria del comma 5 dell'art. 13 della legge n. 431/1998, in materia di locazioni immobiliari a uso abitativo, in cui si attribuiva al giudice il potere di determinare il canone dovuto dal conduttore nel caso in cui il contratto fosse privo della forma scritta richiesta dal comma 4; in ogni caso, la regola di fonte giudiziaria non avrebbe potuto eccedere quanto stabilito dagli accordi definiti in sede legale tra le organizzazioni della proprietà edilizia e le organizzazioni dei conduttori.

Simile sorte ha subito anche – come già accennato - l'art. 7 del d.lgs. n. 231/2002 che, prima della modifica intervenuta nel 2012, prevedeva espressamente il potere del giudice di ricondurre a equità l'accordo delle parti sulla data del pagamento o sulle conseguenze del mancato pagamento che fosse gravemente iniquo in danno del creditore¹⁰⁸.

¹⁰⁸ La disposizione è stata lungamente studiata in dottrina. Si vedano, tra gli altri, i contributi di: A. ZACCARIA, *La direttiva 2000/35/Ce relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento delle transazioni commerciali*, in *Sudium iuris*, 2001, p. 259 ss.; G. FAUCEGLIA, *Direttiva 2000/35/Ce in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr.*, 2001, p. 307 ss.; G. DE NOVA, S. DE NOVA, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Milano, 2003; E. MINERVINI, *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento e sulle conseguenze del ritardato pagamento*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 2003, p. 189 ss.; F. GALLO, F. TERRIN, *Nuova normativa sulle transazioni commerciali: gli interessi di mora*, in *Impr.*, 2003, p. 57 ss.; F. CARINGELLA, *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (commento al d.leg. 9 ottobre 2002, n. 231)*, in *Urb. e app.*, 2003, p. 147 ss.; A. LA SPINA, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 117 ss.; C.M. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004; G. ADAMO, *Le nullità di cui all'art. 7 d.leg. 9 ottobre 2002, n. 231 in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Resp. comunic. impr.*, 2004, p. 145 ss.; S.G. SIMONE, *Il pagamento tardivo*, Napoli, 2005; C. CHESSA, *Il potere*

Oggi, invece, quella disposizione si limita a prevedere che il giudice possa soltanto dichiarare la nullità della clausola iniqua e applicare i termini legali. Ma, certo, tutt'ora, è consentito intervenire sul contratto a seguito della caducazione della clausola giudicata iniqua in danno di una delle parti, così da consentire l'applicazione della regola suppletiva idonea a conservare il contratto.

Quest'ultima disposizione è stata, sicuramente, la più discussa, poiché sembrava davvero aver introdotto un autentico potere di correzione giudiziale del contratto ispirato a equità. Benché la riforma abbia attenuato questo aspetto, il dibattito resta ancora aperto, soprattutto se si prendono in considerazione disposizioni che non contemplano espressamente quel potere, ma non sembrano neanche escluderlo.

A tal proposito, si ricorda l'art. 3, comma 1, della legge n. 129/2004, recante la disciplina del contratto di *franchising*. Può accadere che il termine triennale o il termine superiore pattuito dalle parti per l'ammortamento dell'investimento dell'affiliato non sia sufficiente a conseguire questo obiettivo. In tal caso, la dottrina dominante ritiene di poter colpire la pattuizione con una dichiarazione di nullità parziale, circoscritta solamente al profilo della durata del contratto.

Poiché, però, l'automatica riespansione del termine legale triennale potrebbe non essere utile per la tutela dell'affiliato, questo orientamento ritiene che, nel silenzio della legge, mancando una norma integrativa puntuale, al giudice sia consentito sostituire il termine pattuito dalle parti con un diverso termine, fissato in via equitativa, in modo da risultare idoneo allo scopo. Siffatto potere di interpolazione giudiziale, particolarmente incisivo, risponderebbe all'esigenza di evitare che la carenza di una previsione sostitutiva comporti il travolgimento dell'intero contratto privo di un aspetto essenziale.

Nelle fattispecie da ultimo richiamate, dunque, la legge espressamente o l'interpretazione prevalente della dottrina tendono a consentire l'adeguamento del contratto, addirittura per mano del giudice, nell'ottica non solo di tutelare la parte che subisce lo squilibrio, ma anche di garantire il ripristino dell'equilibrio del mercato.

Alla luce di questa analisi, una prima osservazione si rende opportuna. Si tratta, indubbiamente, di fattispecie tra loro molto diverse, non solo per fonte e ambito di applicazione, ma anche in relazione agli interessi ad esse sottesi. Il loro studio ci appare, tuttavia, necessario non solo per evidenziare il problema interpretativo-applicativo in esame, ma, soprattutto, per comprendere quale sia, più in generale, la latitudine del potere del giudice sul contratto invalido, in un contesto nel quale la tendenza al ridimensionamento del dogma

giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 439 ss..

dell'autonomia privata impone di stabilire in che limiti questa possa esercitarsi e se vada temperata con altri interessi e valori.

Quest'ultimo aspetto appare di particolare interesse per l'analisi delle conseguenze della caducazione di una clausola dichiarata abusiva. Anzi, le valutazioni accennate per le predette fattispecie dovranno essere riportate proprio sul piano della disciplina della nullità di protezione *ex art. 36 cod. cons.*, allo scopo di valutare se possano costituire un valido argomento per ammettere una qualche forma di intervento sulla lacuna contrattuale conseguente alla nullità di una clausola essenziale.

6.1 (segue) A livello giurisprudenziale.

Se già il dato normativo offre numerosi spunti di riflessione, ancora maggiori sono le considerazioni che possono essere svolte, ove si analizzi il problema sul piano più strettamente applicativo, passando in rassegna le soluzioni elaborate dalla giurisprudenza.

Nel concludere l'illustrata panoramica sulle questioni da approfondire, non si può non accennare alle posizioni ricostruttive prospettate dai giudici, i quali spesso, in vari settori, si trovano di fronte al problema di individuare il concreto strumento attraverso cui garantire la conservazione del contratto, a seguito della declaratoria di nullità di una clausola essenziale.

Stretta tra le contrapposte esigenze di tutelare il contraente debole e “sanzionare” la condotta abusiva del professionista, la giurisprudenza nazionale, diversamente da quella europea, privilegia, spesso, soluzioni favorevoli alla interpolazione del regolamento contrattuale.

Benché vi sia un orientamento piuttosto compatto nell'ammettere varie forme di intervento in funzione conservativa del negozio, diversificate sono, tuttavia, le modalità con cui quel risultato viene perseguito, essendo la giurisprudenza divisa circa lo strumento da impiegare.

In mancanza di indicazioni normative chiare ed equivoche, si coglie sempre più forte la necessità di criteri di orientamento per l'interprete. Da qui, lo sforzo a cui tende il presente lavoro di trovare un fondamento normativo al rimedio (di completamento) dell'integrazione del contratto, che si accompagna alla nullità parziale necessaria, ricercando gli strumenti più idonei a tale scopo.

Il problema si è posto in maniera particolarmente rilevante nei casi in cui i giudici si sono trovati nella condizione di non poter consentire l'operatività del meccanismo di sostituzione

automatica ex art. 1339 c.c. per sopravvenuta mancanza della regola legale da inserire.

Ciò è quanto è accaduto, ad esempio, a seguito della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 9 della legge n. 203/1982, cioè della norma sull'equo canone¹⁰⁹. A seguito della nullità della clausola sul corrispettivo originario di un contratto agrario di affitto di un fondo rustico, il giudice si è trovato stretto nella contrapposta esigenza di eliminare la clausola nulla e di impedire la caducazione dell'intero contratto per mancanza di un elemento essenziale al fine di tutelare il conduttore.

È evidente che, in un caso come questo, se il giudice si arrestasse a dichiarare la nullità della clausola sul corrispettivo, l'intero contratto di affitto andrebbe incontro a invalidità, ledendo l'interesse del conduttore a continuare a godere del fondo. Nel contempo, anche il proprietario del fondo finirebbe per essere pregiudicato dalla nullità totale del contratto, in quanto perderebbe la possibilità di far valere l'eventuale inadempimento del conduttore moroso nel pagamento dei canoni. Né il meccanismo degli indennizzi reciproci fra le parti pare offrire una soluzione soddisfacente.

Da qui la soluzione prospettata dalla giurisprudenza di legittimità, che apre le porte a una integrazione giudiziale della lacuna contrattuale per mezzo dell'art. 1374 c.c., non essendo praticabile la sostituzione della clausola nulla con la norma di legge.

A conclusioni simili è pervenuto anche quel filone giurisprudenziale che ha affrontato l'annoso problema della determinazione del corrispettivo del diritto reale d'uso dello spazio per parcheggio. Secondo l'orientamento in esame, suffragato anche da parte della dottrina, in materia di vendita di unità abitative, a seguito della nullità della clausola di esclusione della destinazione di spazio a parcheggio, si pone un problema di integrazione del contratto¹¹⁰. Il

¹⁰⁹ Il riferimento è al caso affrontato da Cass., 22 aprile 2013, n. 9735, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; in *Guida al diritto*, 2013, 25, 49. A conclusioni simili i giudici sono arrivati anche nella sentenza Cass., 22 marzo 2013, n. 7268, in *Dir. e giurisp. agraria*, 2013, 11, p. 681 ss., relativo al caso in cui i più coeredi non trovino un accordo sul corrispettivo da versare al coerede coltivatore diretto del fondo rustico del *de cuius* ovvero non ne convengano uno in natura. In questi casi, secondo la Cassazione, compete al giudice quantificare il canone dovuto dall'affittuario. Entrambe le sentenze vanno segnalate per la soluzione prospettata, favorevole all'integrazione giudiziale del contratto in mancanza di strumenti alternativi idonei a garantire la sopravvivenza dello stesso. Per un commento sul tema, si veda S. PAGLIANTINI, *Appunti a margine di Cass., n. 9735/2013: l'art. 1374 e la lacuna sopravvenuta*, in G. D'Amico, S. Pagliantini, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Torino, 2015, p. 183 ss..

¹¹⁰ Cfr. Cass., Sez. Un., 17 dicembre 1984, n. 6602, in *Foro it.*, 1985, 3, p. 709 ss.; Cass., 27 dicembre 1994, n. 11188, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 353 ss.; in *Foro it.*, 1996, I, p. 2395 ss., con nota di E. SCODITTI, *Spazio per parcheggio e giusta causa dell'attribuzione*; Cass., Sez. Un., 5 novembre 1996, n. 9631, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, p. 1466 ss.; Cass., 20 ottobre 1997, n. 10248, in *Giur. it.*, 1998, p. 1812 ss.; Cass., 10 marzo 2006, n. 5160, in *Giur. it.*, 2007, 4, p. 852 ss.; Cass., 6 settembre 2007, n. 18691, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, p. 9 ss.; Cass., 12 settembre 2018, n. 22154, in *www.dejure.it*. In dottrina, si vedano: B. ARCHIDIACONO, *Le aree a parcheggio: vincoli urbanistici e autonomia privata*, in *Giur. it.*, 1999, p. 1394 ss.; V. MARICONDA, *Aree di parcheggio*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1393 ss.; R. TRIOLA, *Osservazioni in tema di spazi di parcheggio*, in *Vita not.*, 2005, I, p. 874 ss.; G. DE MARZO, *I vincoli a parcheggio tra ridimensionamenti giurisprudenziali e novità normative*, in *Urban., app.*, 2006, 3, p. 306 ss..

giudice che dichiara la nullità della clausola si trova di fronte al problema di assicurare la sopravvivenza del contratto di compravendita carente della pattuizione sul corrispettivo per il diritto reale d'uso riconosciuto all'acquirente.

La soluzione prescelta dalla giurisprudenza in esame è di affidare all'organo giudiziario il compito di integrare il contratto, in nome «di una esigenza di riequilibrio della situazione di scompenso economico»¹¹¹. Tale risultato viene perseguito, nuovamente, invocando l'equità di cui all'art. 1374 c.c., alla luce di una valutazione da condurre caso per caso, nel quadro della complessiva operazione economica.

La tutela della parte debole del contratto è, invece, alla base di quella giurisprudenza giuslavoristica che si è formata sul problema del riequilibrio del corrispettivo del contratto di lavoro subordinato¹¹². Nel caso in cui venga pattuita (*rectius* imposta al lavoratore) una clausola che preveda una retribuzione inadeguata, in quanto eccessivamente esigua rispetto al lavoro prestato o comunque inadeguata ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa, il giudice dichiara la nullità di quella pattuizione.

Di regola, il ragionamento logico sotteso a quella sentenza di nullità è il rilevato contrasto della clausola sul corrispettivo con l'art. 36 Cost., come norma immediatamente precettiva, fonte del diritto del lavoratore a percepire una retribuzione giusta.

È di immediata evidenza, tuttavia, come la nullità della clausola sul corrispettivo non sia che il primo, necessario, passaggio per garantire la tutela del lavoratore. Ma, di per sé, quella sentenza di invalidità parziale non ci appare in grado di fornire una protezione davvero effettiva. Il rischio è, infatti, quello che la nullità della singola pattuizione contagi l'intero contratto per carenza sopravvenuta di un elemento essenziale. Da qui, gli sforzi della giurisprudenza di ammettere un intervento (equitativo) del giudice sul contratto, diretto a determinare il corrispettivo spettante al lavoratore, sì da riequilibrare effettivamente le prestazioni contrattuali.

In considerazione delle riflessioni finora svolte, l'intervento integrativo-correttivo del giudice ci appare, dunque, l'altra faccia della medaglia del rimedio invalidante, ponendosi quale strumento necessario ad assicurare la finalità sostanzialmente protettiva di questa ipotesi di nullità. Diversamente ragionando, infatti, il contratto affetto da nullità parziale andrebbe incontro a totale caducazione, pregiudicando l'interesse del lavoratore alla conservazione del rapporto di lavoro.

¹¹¹ Così E. SCODITTI, *Spazio per parcheggio e giusta causa dell'attribuzione*, cit., p. 2396.

¹¹² Cfr. Cass., 25 marzo 1960, n. 636, in *Mass. Giur. lav.*, 1960, p. 146 ss.; Cass., 4 marzo 1972, n. 629, in *Foro it.*, 1972, I, p. 2914 ss.; Cass., 1 dicembre 1984, n. 6281, in *Giust. civ. Mass*, 1984, p. 12; Cass., 9 agosto 1996, n. 35, in *www.dejure.it*; Cass., sez. lav., 11 gennaio 2012, n. 153 in *Riv. critica dir. lav.*, 2012, 1, p. 200 ss..

La tutela della parte debole del contratto, infine, viene in considerazione in modo ancora più significativo, ai fini della presente indagine, nelle ipotesi di nullità per abuso di dipendenza economica ex art. 9 della legge n. 192/1998. Si tratta, indubbiamente, di casi particolarmente interessanti, in quanto afferenti a contratti che, pur non riguardando il consumatore, presentano simili profili di asimmetria nei poteri tra imprese dotate di diversa forza giuridico-economica.

In questi casi, può porsi il problema delle conseguenze della declaratoria di nullità della clausola sul meccanismo di determinazione del prezzo di un contratto di impresa, come una concessione o una subfornitura o una vendita, ove stipulata in contrasto con il divieto di abusare della dipendenza economica altrui.

Anche in questo frangente, la nullità della singola clausola pare vedere smorzata la sua funzione spiccatamente protettiva, se non accompagnata da un intervento di integrazione e/o correzione del contratto, il quale, risultato privo di un elemento essenziale (il corrispettivo), rischierebbe la totale caducazione.

Per questi motivi, in mancanza di criteri legali specifici da far riesperire, spetta al giudice, secondo parte della giurisprudenza, fissare un prezzo idoneo a non imporre all'impresa più debole condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose¹¹³.

Particolare attenzione merita, in ultimo, l'attività dell'Arbitro Bancario Finanziario, che, più volte, si è trovato ad affrontare il problema degli effetti della nullità di una clausola abusiva in materia di contratti di finanziamento.

Si registrano vari provvedimenti relativi alla nullità di clausole che determinano tassi di cambio di mutuo espresso in valuta estera, ma erogato in quella nazionale, senza offrire sufficienti e trasparenti informazioni sulla operatività dell'istituto¹¹⁴. Questi casi tendono a essere risolti secondo la medesima logica sottesa alla fattispecie diversa, ma altrettanto frequente, della nullità di una clausola sugli interessi moratori che risultino manifestamente eccessivi.

Con riferimento a entrambe le tipologie di contenzioso, la giurisprudenza dell'A.B.F. risulta di grande interesse, in quanto non si limita a dichiarare la nullità della clausola abusiva,

¹¹³ Cfr. le recenti ordinanze del Trib. Massa, 26 febbraio 2014; Trib. Massa, 15 maggio 2014, entrambe in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 2, p. 567 ss., con nota di G. DI LORENZO, *Contratto e divieto di discriminazione*; in *Nuova giur. civ., comm.*, 2015, 3, p. 218 ss., con nota di V. BACHELET, *La clausola squilibrata è nulla per abuso di dipendenza economica e il prezzo lo fa il giudice: note a margine di un caso pilota*.

¹¹⁴ Cfr. A.B.F. Collegio Arbitrale di Milano, decisione del 9 marzo 2012, n. 707; A.B.F. Collegio Arbitrale di Napoli, decisione del 3 novembre 2011, n. 2374; A.B.F. Collegio di Coordinamento, decisione del 20 novembre 2014, n. 7727; A.B.F., Collegio di coordinamento, decisione del 29 luglio 2015, n. 5855; A.B.F., Collegio di coordinamento, decisione del 29 luglio 2015, n. 5866. Tutte le citate decisioni sono reperibili su www.arbitrobancariofinanziario.it.

ma si spinge oltre e si interroga su quali siano le conseguenze della lacuna sopravvenuta e, quindi, su come regolare il rapporto contrattuale residuo in vista della sua conservazione.

L'analisi della giurisprudenza dell'A.B.F. ci sembra tanto più importante in quanto è l'unica, finora, ad aver affrontato, nel nostro ordinamento, lo specifico problema oggetto della presente indagine e offre, dunque, un importante terreno di studio e di riflessione.

In particolare, nel risolvere la questione della sorte della clausola che pattuisce interessi moratori manifestamente eccessivi, il Collegio di Coordinamento, recentemente, ha preso le distanze dalla giurisprudenza europea, ammettendo che la conservazione del contratto si possa realizzare tramite l'applicazione della norma dispositiva abusivamente derogata dalla banca a suo vantaggio¹¹⁵. Di conseguenza, una volta accertata la nullità della clausola relativa alle modalità di calcolo degli interessi moratori, il contratto si conserva, ma, ai sensi dell'art. 1224, comma 1, c.c., al giudice spetta un nuovo calcolo degli interessi.

Alla base di questa decisione, il Collegio di Coordinamento pone la valorizzazione della finalità della Direttiva 93/13/CEE sancita dall'art. 7: ostacolare la prassi dell'impiego di clausole abusive nei rapporti commerciali. Poiché spetta ai giudici nazionali assicurare questo obiettivo valutando il carattere effettivamente dissuasivo della sanzione, l'A.B.F. conclude che, nel caso di specie, l'applicazione dell'art. 1224, comma 1, c.c. non priva la regola dell'art. 33, comma 2, lett. f) cod. cons. dal costituire un deterrente significativo rispetto alla pratica delle clausole abusive.

Questo, allora, significa che la sostituzione della clausola nulla con la norma di diritto dispositivo, lungi dal dover essere stigmatizzata, può risultare idonea, nel caso concreto, a grantire l'effetto deterrente richiesto dal diritto europeo¹¹⁶.

¹¹⁵ Cfr. Collegio di Coordinamento, decisione del 24 giugno 2014, n. 3955, in *www.arbitrobancariofinanziario.it*. Alle stesse conclusioni perviene anche Cass., 10 settembre 2013, n. 20686, in *www.ilcaso.it.*, secondo la quale, l'accertata nullità della clausola concernente le modalità di calcolo degli interessi non travolge il contratto, ma impone al giudice un nuovo calcolo degli stessi. In senso contrario, si veda, invece, l'ordinanza di rimessione A.B.F. Collegio di Roma, decisione del 6 marzo 2012, n. 53140, in *www.arbitrofinanziario.it*, secondo la quale l'integrazione del contratto mediante la norma dispositiva dell'art. 1224 c.c. è incompatibile con il diritto europeo e, in particolare, con l'art. 6 della Direttiva 93/13/CEE come interpretata dalla Corte di Giustizia nei casi *Banco Espanol* e *Asbeek Brusse*.

¹¹⁶ Così statuendo, la decisione in commento si richiama alla sentenza della Corte di Giustizia del 27 marzo 2014, causa C-565/12, *LCL Le Crédit Lyonnais SA* in *www.curia.europa.eu*. Pertanto, secondo l'A.B.F., nel risolvere la questione ci si deve chiedere se l'accertato effetto deterrente che discende dall'art. 1224 c.c. sia, oltre che esistente, anche adeguato al fine di indurre i professionisti a rinunciare all'inserimento di clausole abusive. Nel compiere tale verifica, il Collegio indica il metodo da seguire: «(...) escluso ogni tipo di valutazione soggettiva, simile valutazione non può che essere condotta in termini di razionalità giuridica evitando quindi ogni prospettiva unidimensionale che abbia riguardo al singolo scopo perseguito dal sistema ordinamentale e considerando invece tutti gli scopi e i valori tutelati nella totalità del sistema stesso. In quest'ottica si deve considerare quindi la specifica fisionomia degli interessi moratori i quali svolgono l'essenziale funzione di scoraggiare l'inadempimento delle obbligazioni pecuniarie. La loro cancellazione può quindi essere considerata la massima sanzione pensabile in funzione dello scopo di scoraggiare l'imposizione di interessi moratori eccessivi e sproporzionati; ma simile rimedio non può spingersi sino alla cancellazione di ogni obbligo di pagamento di interessi sulle somme ricevute a mutuo, perché in tal caso si creerebbe un

La decisione in commento appare, dunque, rilevante, ai fini della presente indagine, per un duplice ordine di ragioni.

Da un lato, essa evidenzia che la conservazione del contratto mediante la riespansione del diritto dispositivo non contrasta sempre e necessariamente con gli obiettivi della Direttiva, ben potendo essere in grado di assicurare un equo contemperamento tra esigenze contrapposte: la tutela del consumatore, interessato a non perdere il contratto, una volta eliminata la clausola abusiva; la sanzione per il professionista, il quale rimane vincolato a un regolamento equilibrato conforme a legge.

Dall'altro lato, la decisione dimostra come la portata dissuasiva da riconnettere al rimedio caducatorio vada necessariamente relativizzata in relazione alle specificità del caso concreto, nella consapevolezza che la soluzione al problema in esame non possa essere solo una, ma sia a geometrie variabili¹¹⁷.

Questa impostazione trova seguito, peraltro, in numerose altre decisioni dell'A.B.F., nelle quali la sostituzione della clausola abusiva con la regola suppletiva sembra operare in modo scontato, come normale meccanismo di riequilibrio conservativo del rapporto contrattuale¹¹⁸.

La giurisprudenza in esame suscita, allora, una ulteriore riflessione.

L'ammissibilità della sostituzione integrativa viene predicata dall'A.B.F. con riferimento a clausole aventi rilievo non strettamente essenziale per il contratto. Questo significa che, a maggior ragione, la conservazione mediante modifica integrativa del contratto dovrebbe valere per le clausole essenziali, la cui eliminazione rischia di compromettere la sopravvivenza dell'intero contratto.

Tale conclusione, peraltro, sembra trovare conferma in quelle decisioni che, pur considerando l'integrazione incompatibile con il diritto europeo, non escludono in assoluto la

incentivo assai elevato all'inadempimento nelle obbligazioni pecuniarie con conseguente sconvolgimento del sistema del credito, portando non ad una modifica conformativa del rapporto di credito, ma ad un capovolgimento del sistema degli incentivi e disincentivi che regolano un sistema creditizio. (...) Se si può pensare di sanzionare le previsioni di interessi moratori esagerati con la perdita degli stessi e se parimenti è ammissibile sanzionare con la perdita di tutti gli interessi la violazione di regole attinenti la formazione di un contratto di credito con il consumatore, non pare ammissibile istituire congegni sanzionatori che facciano perno su un premio all'inadempimento».

¹¹⁷ Osserva l'A.B.F., nella decisione in commento, che la giurisprudenza della Corte di Giustizia «non sembra affatto orientata a contraddire né il principio di conservazione del contratto, né la superiore esigenza che i rapporti economici nascenti dal contratto rimangano equilibrati. In questa ottica (...) letture unidimensionali degli arresti della Corte di Giustizia, le quali pervenissero a mettere in dubbio la compatibilità con l'ordinamento dell'Unione delle norme nazionali che prevedono la sostituzione di clausole standardizzate con norme di legge, indicherebbero la presenza di errori di lettura e non altro».

¹¹⁸ Cfr. A.B.F., Collegio di coordinamento, decisioni del 29 giugno 2015, nn. 5855 e 5866; A.B.F., Collegio di coordinamento, decisione del 20 maggio 2015, n. 4135; A.B.F. Collegio di Milano, decisione del 14 ottobre 2016, n. 9190; A.B.F., Collegio di Napoli, decisione del 25 ottobre 2017, n. 13376; A.B.F., Collegio di coordinamento, decisione del 26 gennaio 2018, n. 2535; A.B.F. Tutte le decisioni sono consultabili su www.arbitrofinanziario.it.

stessa, ammettendo che tale soluzione si giustifichi proprio (e solo) nei casi in cui la cancellazione della clausola abusiva farebbe collassare l'intero contratto, in quanto essenziale. Questo significa, allora, che, anche in questo caso, la modificazione del contratto per mano del giudice è consentita e risponde all'esigenza di garantire la manutenzione del contratto, a tutela dell'interesse della parte debole.

In conclusione, la rapida panoramica di casi giurisprudenziali esposti consente di mettere in evidenza come, a livello pratico, i giudici si trovino, spesse volte e in vari settori, ad affrontare il problema degli effetti della caducazione di una clausola essenziale. Le soluzioni prospettate sono molteplici, poiché non sempre appare possibile far operare il meccanismo della caducazione secca della clausola abusiva, così come non sempre può applicarsi la sostituzione automatica *ex art.* 1339 c.c. o la integrazione mediante la regola di diritto dispositivo abusivamente derogata dalle parti.

Nei casi sopra richiamati, è proprio l'impossibilità di invocare quegli strumenti a indurre a ipotizzare un intervento diretto del giudice sul contratto in funzione integrativa o correttiva.

La ragionevolezza di tale soluzione dovrà essere adeguatamente vagliata nel prosieguo del presente lavoro, ma ciò che si intende porre in luce in questa sede è che la giurisprudenza avverte nitidamente il problema di individuare i criteri più idonei a garantire la conservazione del contratto affetto da nullità parziale necessaria, tanto da ritenere, talvolta, prevalente tale esigenza su quella di escludere un sindacato giudiziale così penetrante sul regolamento. A imporre questa conclusione sarebbero gli stessi principi eurounitari, in particolare, quello di effettività delle tutele, che assume una importanza centrale soprattutto nei contratti asimmetrici.

Anche a voler ammettere siffatto potere giudiziario, si tratterà di comprenderne il fondamento e di individuare i criteri alla stregua dei quali può essere esercitato, poiché spesso la giurisprudenza invoca la buona fede o l'equità quasi inconsapevolmente, senza offrire argomentazioni o chiarimenti sufficienti a sorreggere l'utilizzo di concetti così ampi e indeterminati.

Alla luce delle brevi considerazioni esposte, allora, appare evidente che il problema delle conseguenze della caducazione della clausola abusiva essenziale tocchi alcuni nervi scoperti dell'attuale diritto dei contratti. In particolare, la materia della tutela del consumatore è quella in cui tale questione sembra porsi con maggiore intensità, imponendo di riflettere sull'attuale configurazione dei rapporti tra poteri del giudice e rimedio della nullità, da un lato, e confini dell'autonomia negoziale, dall'altro.

Si dovranno, dunque, analizzare *funditus* i possibili meccanismi rimediali idonei a superare

il problema della lacuna prodotta dall'operatività della nullità di protezione, non prima di aver ricostruito il sistema normativo interno e l'assetto di principi eurounitari che disciplinano la materia consumeristica.

CAPITOLO II

IL SISTEMA DI DISCIPLINA DELLE LACUNE CONTRATTUALI CONSEQUENTI ALLA CADUCAZIONE DELLA CLAUSOLA ABUSIVA

Sezione prima

Quadro normativo interno e prospettiva eurounitaria

Parte I.

Dalla inefficacia parziale alla nullità parziale necessaria.

1. Inquadramento sistematico della disciplina delle clausole abusive. Una premessa. 1.1 Il paradigma delle nullità di protezione. 2. Raffronto con altri ordinamenti europei: la nullità relative e la recente riforma del diritto contrattuale francese. 2.1 (segue) La nullità nel sistema tedesco. 3. Il profilo funzionale della nullità di protezione: da rimedio di fattispecie a rimedio conformativo. 4. La parzialità necessaria della nullità di cui all'art. 36 cod. cons.: riflessioni sui concetti di parzialità del rimedio e di conservazione del contratto. 5. Parzialità e integrazione del contratto. 6. La nullità di protezione come strumento di riequilibrio del contratto. 7. Squilibrio (economico) e indagine sul giudizio di meritevolezza della clausola.

1. Inquadramento sistematico della disciplina delle clausole abusive. Una premessa.

Una corretta comprensione della questione della conservazione del contratto depurato da

una clausola vessatoria essenziale richiede di muovere, preliminarmente, da una compiuta analisi del sistema di tutela contro le clausole abusive.

In particolare, giova chiarire quale sia la reazione che l'ordinamento riserva all'accertamento del contenuto vessatorio di una parte del contratto stipulato tra professionista e consumatore.

Come è noto, il rimedio approntato nel nostro ordinamento è rappresentato dalla peculiare e discussa figura della nullità e, segnatamente, della nullità in funzione protettiva¹¹⁹. Si tratta di una fattispecie di invalidità del tutto diversa da quella contemplata dal codice civile, che sta conoscendo grande successo e diffusione in plurimi settori della materia contrattuale, caratterizzati da una intrinseca asimmetria di posizioni tra le parti. In tutti questi ambiti, però, la nullità c.d. di protezione mostra il proprio carattere camaleontico ed elastico, assumendo, a seconda dei casi, fisionomia e connotati parzialmente differenziati, che la rendono figura proteiforme e di difficile definizione dogmatica.

È ormai nota, in dottrina, l'espressione “*frantumazione della nullità*”¹²⁰, che segnala come sia in atto un processo di moltiplicazione delle fattispecie astrattamente ascrivibili al *genus* delle nullità in funzione di protezione, le quali si distanziano, anche notevolmente, dalla invalidità codicistica. Si registra, oggi, il passaggio dalla nullità tradizionalmente intesa, recante le caratteristiche cristallizzate dal codice civile, alle (plurime) nullità speciali in funzione di protezione della parte debole di contratti asimmetrici.

Nella impossibilità di passare in rassegna tutte le numerose nuove ipotesi di nullità, analisi che esorbiterebbe dal presente studio, giova concentrare l'attenzione sulla prima figura esplicitamente introdotta nel nostro ordinamento ascrivibile a questa categoria, ossia la nullità di protezione di cui all'attuale art. 36 del codice del consumo.

Si può solo accennare al fatto che la dottrina discute circa la possibilità di far assurgere proprio questa fattispecie a paradigma generale delle nuove nullità speciali, nella esigenza di prospettare una ricostruzione, in termini il più possibile unitari, del variegato panorama delle nullità extracodicistiche, che dalla nullità di protezione sembrano mutuare i caratteri

¹¹⁹ Sulla figura della nullità di protezione, si richiamano, *ex multis*, gli studi di: G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit.; G. FILANTI, *Nullità (nullità speciali)*, cit.; G. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, cit., p. 241 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit.; P.M. PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002; A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contr.*, 2003, 2, p. 204 ss.; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit.; V. MELE, *La nullità di protezione*, in G. Vettori (a cura di), *Contratti e tutela dei consumatori*, Torino, 2007; E. LA ROSA, *La nullità di protezione dal sistema del codice alla normativa europea*, in AA.VV., *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, a cura di R. Tommasini, Torino, 2007; D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, cit.; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit.; G. D'AMICO, *Nullità virtuale-Nullità di protezione – (Variazioni sulla nullità)*, cit., p. 737 ss.; A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e interessi protetti*, cit.

¹²⁰ Di “frantumazione” del paradigma della nullità ha parlato, tra i primi, V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in V. Scalisi, *Categorie e istituti del diritto civile nella tradizione al postmoderno*, Milano, 2005.

fondamentali¹²¹. Ma non facile appare una operazione di *reductio ad uno*, né forse necessaria.

Giova, invece, ricordare che la nullità di protezione, in materia consumeristica, costituisce il risultato della trasposizione, nell'ambito del diritto interno¹²², della disciplina di cui all'art. 6 della Direttiva n. 93/13/CE.

A riguardo, è opportuno svolgere un'ulteriore premessa, relativa alla *ratio* sottesa alla Direttiva in commento, poiché solo attraverso la spiegazione di quella è possibile comprendere la scelta rimediabile del legislatore nazionale e, più in generale, la disciplina di quella che è oggi la nullità di protezione.

Certamente, la tutela del consumatore è elemento centrale dell'intera Direttiva n. 93/13/CEE, in considerazione della posizione di debolezza di quello all'interno del mercato comune.

Ma, a ben guardare, questo non rappresenta l'unico obiettivo del legislatore comunitario, il quale muove, invece, dalla considerazione che le legislazioni nazionali in materia di contratti tra professionista e consumatore «*presentano notevoli disparità*». L'attenzione del legislatore appare rivolta, in prima battuta, ad assicurare l'armonizzazione normativa tra gli Stati membri, in vista della instaurazione del mercato unico e dello sviluppo dei traffici. È la tutela della concorrenza a costituire il vero obiettivo primario, mentre la protezione del consumatore viene in considerazione come riflesso della prima, poiché solo assicurando la concorrenza nel mercato unico è possibile offrire adeguata tutela ai soggetti deboli.

Ciò emerge, in modo plastico, dallo stesso preambolo della Direttiva, in cui si legge la volontà del legislatore comunitario di evitare il rischio che le divergenze tra le legislazioni nazionali determinino «*distorsioni della concorrenza*», precludendo «*maggiori possibilità di scelta per i cittadini comunitari in quanto consumatori*».

Quanto all'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione, l'art. 11 della Direttiva chiarisce che, allo scopo dichiarato di assicurare l'avvicinamento delle normative degli Stati membri, essa intende disciplinare «*le clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e un consumatore*». Tali clausole sono quelle riportate nell'elenco allegato alla Direttiva, che lo stesso art. 3, comma 1, definisce come un «*elenco indicativo e non esauriente di clausole che*

¹²¹ Il riferimento è, in particolare, agli studi di: G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit.; G. VETTORI, *La disciplina del contratto nel tempo presente*, cit., p. 277 ss.; S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1022 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Milano, 2012; R. ALESSI, «*Nullità di protezione*» e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, cit., p. 1141 ss..

¹²² L'attuazione della Direttiva è avvenuta con l'art. 25 della legge 6 febbraio 1996, n. 52, che ha aggiunto, dopo il capo XIV del titolo II del libro IV del codice civile, il nuovo capo XIV-bis, intitolato «*Dei contratti dei consumatori*», comprensivo degli artt. Dal 1469-bis al 1469-sexies. Per i primi commenti sulla novità normativa si rinvia a: C.M. BIANCA, *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, Padova 1996; G. ALPA, S. PATTI, *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, 1996; G. LENER, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, p. 145 ss..

possono essere dichiarate abusive».

L'innovativa locuzione “clausola abusiva” viene, poi, chiarita nel suo significato come quella clausola che non sia stata oggetto di “negoziato individuale” tra le parti contraenti. La mancata contrattazione costituisce, dunque, l'indice sintomatico dell'abuso della libertà contrattuale da parte del contraente forte, sull'assunto che solo un negoziato individuale possa garantire una equilibrata composizione degli interessi contrapposti in gioco. Di più, quand'anche siffatto negoziato vi sia stato, esso non vale, di per sé, a escludere sempre l'abusività della pattuizione, dovendo il giudice effettuare una valutazione globale, dalla quale non risulti che, nonostante l'intervenuta contrattazione, si sia, comunque, addivenuti alla stipulazione di un contratto di adesione, cioè di un negozio rispetto al quale l'aderente non ha avuto alcuna possibilità di concorrere a determinarne il contenuto.

In questa prospettiva, dunque, l'interprete è chiamato a verificare *«il grado di effettiva partecipazione del consumatore alla stipulazione contrattuale, in modo da giudicarne un eventuale ruolo passivo come sintomo dell'abusività delle clausole»*¹²³.

Con particolare riguardo al profilo dell'accertamento dell'abusività, l'art. 3 della Direttiva qualifica come “abusiva” la clausola che non sia stata oggetto di negoziazione individuale *«se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto»*¹²⁴. Questo dato oggettivo necessita, poi, di essere integrato dal giudizio valutativo che l'art. 4, comma 1, affida al giudice, chiamato ad accertare il carattere abusivo della clausola *«tenendo conto della natura dei beni o servizi oggetto del contratto e facendo riferimento, al momento della conclusione del contratto, a tutte le circostanze che accompagnano la conclusione e a tutte le altre clausole del contratto da cui esso dipende»*.

In ogni caso, laddove la clausola dovesse risultare formulata in modo non chiaro, né comprensibile, al giudice è dato un potere di sindacato più pervasivo, potendo spingersi a operare un controllo esterno sulla convenienza e sulla adeguatezza dell'affare rispetto all'interesse della parte debole; controllo che, di regola, sarebbe precluso, ai sensi dell'art. 4, comma 2, della Direttiva, in nome del rispetto della libertà e dell'autonomia contrattuale.

Quanto alla sorte dei contratti contenenti clausole abusive, il sistema sanzionatorio concepito dalla Direttiva non è puntualmente definito, poiché si limita a prevedere che gli ordinamenti nazionali colpiscano la clausola contrattuale abusiva con il rimedio della sua inutilizzabilità a danno del consumatore, escludendone la vincolatività nei suoi confronti¹²⁵.

¹²³ In questi termini, M. SERIO, *Profili comparatistici delle clausole vessatorie*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, I, p. 83.

¹²⁴ Come accennato nel primo capitolo, il testo dell'art. 3, comma 1, è stato recentemente modificato dal legislatore europeo, sostituendo la locuzione “malgrado il requisito della buona fede” con la locuzione “in contrasto con il requisito della buona fede. Il punto verrà approfondito *infra*.”

¹²⁵ Il testo della Direttiva ha volutamente lasciato agli Stati membri la possibilità di scegliere come qualificare la

Tale sanzione lascia, comunque, in vita le residue parti del contratto, sempre che la loro sopravvivenza sia possibile, nonostante il venir meno della clausola abusiva.

Pertanto, la pattuizione abusiva così congegnata “*vitiat, sed non vitiatur*”, nel senso che il contratto resta vincolante per le parti secondo i termini originariamente pattuiti. In questo modo, il legislatore comunitario mira a contemperare due interessi concorrenti: da un lato, l'intento di sanzionare il professionista, dall'altro, l'esigenza di salvare le restanti parti del contratto che non siano logicamente inscindibili rispetto a quelle viziate. Tanto sull'assunto che la caducazione dell'intero contratto recante la clausola abusiva finirebbe per eccedere le finalità perseguite, in quanto priverebbe il consumatore del bene o servizio di cui aveva bisogno, ponendolo in una posizione addirittura peggiore rispetto a quella di restare vincolato a un contratto con un contenuto vessatorio a suo svantaggio.

1.1 (segue) Il paradigma delle nullità di protezione.

Tutto ciò premesso, si osserva che, in sede di recepimento della Direttiva, il rimedio contro le clausole vessatorie non è stato, immediatamente, inquadrato nella categoria della nullità, poiché, in un primo momento, il legislatore italiano ha preferito non prendere posizione in ordine alla qualificazione giuridica di tale figura, limitandosi a descrivere l'effetto dell'accertamento di una clausola abusiva.

Per questo motivo, fino alla introduzione del codice del consumo, la tutela contro le clausole abusive, da un lato, è stata inserita all'interno del codice civile, secondo una opzione di incorporazione della disciplina comunitaria nella normativa codicistica in linea con la scelta del legislatore tedesco; dall'altro lato, a dispetto di quanto previsto nei primi progetti di recepimento, si è preferito ragionare in termini di mera inefficacia del contratto, anziché di invalidità¹²⁶.

reazione ordinamentale alla abusività della clausola. Pertanto, oltre alla strada dell'inefficacia e a quella della nullità, parte della dottrina aveva suggerito di guardare all'opzione francese, che considera le clausole abusive come “non scritte”, in modo da consentire l'automatica conversione dell'originario contratto nel contratto da esso derivante, prescindendo dalla qualificazione della patologia. Un'altra strada astrattamente percorribile sarebbe stata quella di considerare il contratto inesistente, ma ciò avrebbe riaperto la questione della rilevanza di questo istituto tutt'oggi estremamente discusso. Cfr. G. ALPA, *Per il recepimento della direttiva comunitaria sui contratti dei consumatori*, in *Contr.*, 1994, p. 115 ss..

¹²⁶ Nel primo progetto di recepimento della Direttiva, del 1993, infatti, non solo si ipotizzava l'inserimento della nuova normativa dopo l'art. 1341 c.c., ma si prevedeva anche il rimedio della nullità parziale, non dell'inefficacia, a legittimazione ristretta. In un secondo progetto, il legislatore proponeva di inserire il *novum* dopo l'art. 2062 c.c., ma continuando a prevedere una tutela mediante nullità parziale. Nell'ultima versione, poi recepita nel codice, invece, il legislatore, in coerenza con il testo definitivo della Direttiva, che pure, in un primo momento, aveva optato per la nullità, decideva di comminare la mera inefficacia delle clausole abusive. Per una ricostruzione storica delle vicende del recepimento della Direttiva si vedano: A. GENTILI,

La novella era inserita nel capo XIV-*bis* del codice civile, subito dopo le disposizioni dedicate alla nullità, alla annullabilità, alla rescissione e alla risoluzione del contratto, così da sottolineare il ruolo rimediabile della nuova disciplina, quale strumento a disposizione del contraente debole per reagire contro contratti lesivi dei suoi interessi.

L'art. 1469-*quinquies* c.c. predicava la inefficacia delle «*clausole considerate vessatorie*», mentre «*il contratto rimane efficace per il resto*». Aggiungeva, poi, al terzo comma, che questa inefficacia operava «*solo a vantaggio del consumatore*» e che poteva «*essere rilevata d'ufficio dal giudice*». In tal modo, il legislatore italiano traduceva quasi alla lettera il dato normativo della Direttiva, che, pure, si esprimeva in termini del tutto generici, senza prendere posizione sulla precisa qualificazione della sanzione, lasciando, piuttosto, ai singoli Stati membri il relativo compito.

La scelta per la sanzione della inefficacia si è rivelata, invero, una non scelta, densa di problemi e dubbi interpretativi, poiché non consentiva di sciogliere la questione della disciplina applicabile alla tutela contro le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori. Difatti, si è posto il problema di stabilire se le clausole in esame debbano considerarsi propriamente invalide o semplicemente inefficaci, considerando l'inefficacia come una figura autonoma e distinta dalla invalidità. E, ancora, anche a voler ragionare in termini di invalidità, si poneva l'ulteriore dubbio se essa assumesse la fisionomia dell'annullabilità o della nullità¹²⁷.

L'inefficacia¹²⁸, come è noto, è un concetto sfuggente e di difficile definizione, poiché privo di una base legislativa che consenta di costruirlo compiutamente come categoria. Si ritiene che tale nozione, lungi dal costituire un rimedio autonomo e distinto dalla invalidità, andrebbe riguardata come una fattispecie c.d. di secondo grado, cioè come la conseguenza, sul piano effettuale, di un vizio che la origina.

L'inefficacia delle clausole abusive, cit., p. 412 ss; M. COSTANZA, *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori*, in *Giust. civ.*, 1994, II, p. 543 ss.; S. MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, cit., p. 1097 ss.; A. BARENGHI, *Commento all'art. 1419-bis*, in A. Barengi (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996, p. 7 ss..

¹²⁷ Si ricorda che siffatto problema qualificatorio non era del tutto nuovo in dottrina, riecheggiando il più risalente dibattito in ordine alla disciplina delle clausole vessatorie di cui agli artt. 1341, comma secondo, e 1342 c.c.. Sul punto si vedano, *ex multis*: G. GORLA, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 121 ss.; G.B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 1 ss.; M. NUZZO, *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, in *Studio in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, III, Napoli, 1972, p. 549 ss.; S. PATTI, in PATTI G. - PATTI S., *Responsabilità contrattuale e contratti standard*, Milano, 1993, p. 297 ss.; G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, p. 482 ss..

¹²⁸ Sul concetto di inefficacia si vedano: S. TONDO, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, 1962, p. 994 ss.; V. SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, voce, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 322; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2^a ed., 2011, p. 688, il quale, nel distinguere la invalidità dalla inefficacia, definisce quest'ultima come «la qualità del contratto, in quanto non produttivo degli effetti che normalmente dovrebbe produrre», mentre «l'invalidità designa la qualità del contratto, in quanto affetto da un vizio che lo espone a determinati rimedi contrattuali (come la nullità e l'annullamento)». I rimedi invalidatori servono, dunque, a paralizzare gli effetti del contratto e a renderlo inefficace.

A riguardo, presso la dottrina prevalente, si ragiona in termini di inefficacia c.d. in senso lato, per sottolineare che essa costituisce la conseguenza della invalidità: un contratto può essere improduttivo di effetti in quanto nullo per il ricorrere delle cause di cui all'art. 1418 c.c. ovvero in quanto annullabile per la presenza dei vizi di cui agli artt. 1425 e 1427 c.c.¹²⁹.

Ma anche quando l'inefficacia è intesa in senso stretto, cioè a prescindere dalla sussistenza di una ipotesi di invalidità, essa si atteggia, pur sempre, a conseguenza effettuale di una causa altra e diversa da se stessa. In tal caso, evidentemente, la inefficacia non mira a rimediare a situazioni che rendono impossibile la conservazione del contratto, è cioè priva di funzione rimediabile e deriva dalla volontà delle parti, indicando la semplice improduttività di effetti, ad esempio, a seguito della apposizione al contratto di un termine o di una condizione.

Si deve, dunque, ritenere che, nelle intenzioni del legislatore del 1996, l'inefficacia veniva in considerazione nella sua accezione rimediabile, in senso lato, stante la ritenuta esistenza di «una connessione funzionale tra invalidità e inefficacia: l'invalidità persegue e produce l'inefficacia del contratto, perché è attraverso l'inefficacia che la invalidità può svolgere la sua funzione rimediabile»¹³⁰. Ma proprio da tale connessione funzionale tra i due concetti deriva la impossibilità di considerare l'inefficacia una categoria autonoma e, dunque, la conseguente

¹²⁹ D'altronde, che l'inefficacia sia un concetto giuridico c.d. "di secondo grado" si desume, altresì, dall'analisi del dato sistematico. Anche nel diritto amministrativo, infatti, l'inefficacia è concepita come conseguenza di una causa, come nel caso della inefficacia del contratto pubblico a seguito di annullamento dell'aggiudicazione della gara. Per gli atti procedurali vige il principio della derivazione, in forza del quale l'annullamento dell'atto presupposto illegittimo si ripercuote sull'atto a valle della sequenza, cioè sul contratto pubblico, che può essere dichiarato inefficace dal giudice amministrativo a seguito della caducazione dell'atto di gara a monte (tra i primi studiosi del tema, si vedano: A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940; F. LUBRANO, *L'atto amministrativo presupposto (spunti di una teorica)*, Roma, 1968). Gli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo, al riguardo, qualificano espressamente come inefficace la condizione giuridica di un contratto fondato su una aggiudicazione annullata, identificando nella paralisi degli effetti la conseguenza dell'invalidità del provvedimento presupposto. Peraltro, la peculiarità di questa fattispecie si ravvisa nella circostanza che l'inefficacia del contratto costituisce sì la conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione illegittima a monte, ma tale conseguenza non opera automaticamente, poiché l'annullamento determina il sorgere del potere, in capo al giudice amministrativo, di decidere le sorti del contratto a seconda della maggiore o minore gravità delle violazioni a monte. Come osservato in dottrina, si tratta di una forma di inefficacia "a geometrie variabili", che si allontana molto dal modello dell'invalidità civilistica. In particolare, è stato rilevato che difetterebbero i due presupposti fondamentali della nullità civilistica, cioè l'obbligatorietà dell'intervento giudiziale, attesa la discrezionalità riconosciuta al giudice amministrativo, e l'originarietà della inefficacia, visto che è possibile una dichiarazione di inefficacia non retroattiva (si veda F. CARINGELLA, *I nuovi contratti pubblici*, in *Il sistema del diritto amministrativo*, Roma, 2017, p. 150 ss.). Ma tali peculiarità si spiegano, evidentemente, in considerazione delle diverse finalità sottese al giudizio amministrativo sulla sorte del contratto pubblico, stante la pluralità di interessi coinvolti: quello del ricorrente a una tutela effettiva della propria posizione giuridica, ma anche quello generale alla stabilità dei rapporti, oltre all'interesse dell'aggiudicatario al mantenimento in vita del contratto in corso di esecuzione. Ciò che, comunque, preme sottolineare, in questa sede, è che l'inefficacia viene in considerazione, anche nel diritto amministrativo, quale forma di inefficacia rimediabile, cioè quale conseguenza effettuale di un vizio dell'atto presupposto, invalido perché illegittimo. Sul punto si vedano: FS. BACCARINI, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm.-C.d.s.*, 2009, p. 2189 ss.; G. SCOCA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *For. Amm.-TAR*, 2007, 5, 797 ss.; L. LAMBERTI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto nel codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, n. 6/2010; M. LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti del contratto: poteri del giudice*, in *www.federalismi.it*.

¹³⁰ Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 689.

difficoltà degli interpreti nel ricostruire il regime proprio delle contrattazioni abusive.

Dalla Relazione di accompagnamento alla legge n. 52/1996 emerge come questa scelta sia stata dettata dalla esigenza di evitare, per un verso, il riferimento alla disciplina della nullità parziale, di cui all'art. 1419, comma primo, c.c.¹³¹ e, per l'altro, il richiamo al controverso concetto di inesistenza¹³².

Ma i problemi interpretativi legati a quella scelta sono stati notevoli¹³³.

Se, da una parte, la normativa italiana appariva meritoria per la sua fedeltà al dettato comunitario, garantendo di liberare il consumatore dal vincolo della clausola vessatoria e, al

¹³¹ Una parte della dottrina, infatti, aveva, messo in evidenza come il rischio sotteso alla ricostruzione della inefficacia in termini di nullità fosse quello di aprire le porte alla nullità totale del contratto ogniqualvolta non si ravvisasse l'esistenza di norme imperative sostitutive ai fini dell'operatività del meccanismo di cui al secondo comma dell'art. 1419 c.c.. Tale rischio, potendo pregiudicare l'interesse del contraente protetto, finiva, infatti, per far apparire la nullità come una tecnica di tutela non adeguata per la protezione della parte debole. A riguardo, si vedano: M. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; A. DI MAJO, *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1970, I, p. 192 ss.; M. NUZZO, *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, cit., p. 549 ss.; G.B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, cit., p. 11 ss.;

¹³² A lungo dibattuta, in dottrina, è stata la questione della distinzione tra i concetti di inesistenza e di nullità. La categoria giuridica dell'inesistenza è stata elaborata in Francia, sul presupposto della tipicità delle fattispecie di nullità contrattuale. Particolarmente rilevanti erano le ipotesi di nullità negoziale in materia matrimoniale e, non a caso, è proprio in questo ambito che si è posto il problema di come trattare quelle fattispecie in cui, pur non ricorrendo una causa di nullità tipizzata, l'atto matrimoniale risultasse in parte difforme dai principi dell'ordinamento. Come è noto, il problema qualificatorio si è posto soprattutto per i legami omosessuali. In dottrina, è stata, allora, elaborata la nozione di "inesistenza", come categoria di nullità atipica, in modo da superare il problema del rispetto del numero chiuso del regime della nullità tipica. Oggi sono ormai venute meno le ragioni storiche che rendevano poco chiara la differenza tra i due concetti. La necessità di temperare il rigore del regime della nullità tipica può dirsi superata, nell'attuale assetto codicistico italiano, dalla previsione, all'interno dell'art. 1418 c.c., della nullità virtuale, cioè di una categoria di nullità atipica. Ma il superamento della distinzione concettuale tra inesistenza e nullità non è stato agevole. Secondo l'impostazione tradizionale, non vi sarebbe alcuna differenza tra nullità e inesistenza, tanto sull'assunto che la mancanza di un elemento essenziale di struttura rende il negozio inefficace e, quindi, privo di qualunque possibilità qualificatoria, al pari del negozio inesistente. Questa tesi suscita perplessità, soprattutto se si considera che essa fonda l'assimilazione della nullità all'inesistenza sul dato della inefficacia *ab origine* dell'atto, benché – come detto in precedenza – la questione della improduttività di effetti sia un *posterius* rispetto al *prius* dell'esistenza del contratto. In senso critico, la dottrina oggi maggioritaria osserva, inoltre, che mentre la nullità è una qualificazione negativa dell'atto, anzi è la forma di qualificazione negativa più grave, l'inesistenza, invece, è una ipotesi di radicale inqualificazione. L'atto inesistente è un atto non qualificabile, in quanto privo dei presupposti di struttura minimi necessari per qualificarlo come esistente. L'atto invalido, invece, presenta, pur sempre, quel minimo di requisiti necessari per venire a esistenza, solo che viene valutato negativamente dall'ordinamento, in quanto difforme, sotto certi profili, dal paradigma normativo. Ma il fatto stesso che le norme dettate dal codice in tema di invalidità siano norme sul trattamento del contratto (es. in tema di prescrizione, di prova, di non convalidabilità, ecc.) consente di confermare che il contratto nullo esiste e merita di essere regolato. La tesi della identificazione tra nullità e inesistenza è stata sostenuta, in dottrina, da: D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939; A. FEDELE, *Le invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943; F. CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1955, I, p. 210 ss.; B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964. L'opposta tesi della distinzione tra negozio nullo e negozio inesistente è stata, invece, proposta da: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, p. 87 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, p. 338 ss.; G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 77 ss..

¹³³ Le prime riflessioni sul tema sono di: A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, cit., p. 412 ss.; E. CESÀRO, *Direttiva comunitaria e clausole abusive in Italia*, in V. Rizzo (a cura di), *Diritto privato comunitario. Fonti, principi, obbligazioni e contratti*, Napoli, I, p. 164 ss.; A. ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, in S. Rodotà (a cura di), *Tendenze evolutive della tutela del consumatore*, Napoli, 1998, p. 165 ss.; G. PASSAGNOLI, *Commento all'art. 1469-quinquies, comma 1, 3 e 5*, in G. Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 158 ss..

contempo, mantenendo in piedi il contratto, dall'altro, essa non sembrava aver risolto tutti i problemi interpretativo-applicativi derivanti dalla attuazione della Direttiva, aprendone, anzi, di nuovi e complessi.

In particolare, la nuova disciplina, oltre a porre il suddetto il problema dell'esatto inquadramento della nozione di inefficacia (parziale), ha sollevato l'ulteriore questione del rapporto tra tale sanzione e la sorte delle clausole contrattuali non viziate¹³⁴.

A riguardo, peraltro, l'art. 1469-*quinquies* si differenziava dall'art. 6, comma 1, della Direttiva in quanto non riproduceva l'inciso «*sempre che esso [il contratto] possa sussistere senza le clausole abusive*»: in tal modo, il legislatore intendeva evitare, secondo l'obiettivo di una più forte tutela del consumatore, che il professionista potesse avvalersi di un meccanismo di estensione dell'inefficacia dalla parte al tutto, come quello di cui all'art. 1419, comma primo, c.c.. Poiché quest'ultima presuppone il criterio della volontà ipotetica delle parti, un contratto tra professionista e consumatore andrebbe sempre, inevitabilmente, incontro a nullità totale, in quanto, per il professionista, la clausola abusiva sarebbe sempre “essenziale”. Ma questo esito interpretativo frustrerebbe, evidentemente, la *ratio* stessa della disciplina consumeristica, poiché una inefficacia totale del contratto, ai sensi dell'art. 1419, comma primo, c.c., finirebbe per avvantaggiare il professionista, il quale si libererebbe dal vincolo contrattuale, anziché rimanere legato a un contratto depurato della clausola vessatoria.

Il concetto di inefficacia avrebbe consentito, invece, nell'ottica del legislatore, di sfuggire dai confini applicativi delle norma citata. Sotto questo profilo, autorevole dottrina, sin da subito, ha rilevato che il carattere necessariamente parziale della inefficacia lasciava irrisolto il problema ulteriore di chiarire, caso per caso, «*quanta parte del contenuto normativo contrattuale sia compresa nelle clausole abusive, e cada, e cosa invece rientri nel “resto del contratto” che rimane efficace*»¹³⁵.

Nel contempo, la nuova normativa poneva un seconda ed evidente questione, che ha impegnato gli interpreti fino a tempi recentissimi (con le ricordate Sezioni Unite del 2014): quella di conciliare la previsione della rilevabilità d'ufficio dell'inefficacia/nullità della clausola con la necessità che detto rimedio operi “*solo a vantaggio del consumatore*”. Benché la rilevabilità d'ufficio non sia uno strumento espressamente previsto dalla Direttiva, ma ritenuto ammissibile alla luce dell'ampia discrezionalità riconosciuta ai legislatori nazionali, la sua previsione ne ha reso problematica la relativa interpretazione, poiché, di regola, il *favor* per il consumatore si tradurrebbe in una legittimazione ristretta a far valere l'inefficacia, trattandosi di tutela “unidirezionale”¹³⁶.

¹³⁴ Si vedano le considerazioni di M. SERIO, *Profili comparatistici delle clausole vessatorie*, cit., p. 77 ss..

¹³⁵ A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, cit., p. 404 ss..

¹³⁶ A riguardo, una parte della dottrina, sin da subito, ha manifestato perplessità circa la stessa possibilità di

Nel circoscrive il campo di indagine, ai fini del presente lavoro, al primo ordine di questioni, giova concentrarsi sulla *ratio* del regime introdotto dal legislatore del 1996.

Probabilmente, la ragione per la quale non si è optato in modo espresso per una delle due ipotesi di invalidità già disciplinate dal codice, preferendo ricorrere alla ambigua nozione di inefficacia, risiede tutta nella analisi dell'oggetto del rimedio. Questo viene ricollegato, difatti, alla iniquità e al disvalore del contenuto del contratto, se guardato dal punto di vista del contraente debole. L'inefficacia della clausola costituisce la conseguenza della vessatorietà, cioè della stipulazione di una pattuizione non negoziata individualmente tra le parti e idonea a determinare, in svantaggio del consumatore, uno squilibrio normativo, che, per espressa previsione di legge, deve essere significativo e contrario a buona fede.

È, dunque, lo squilibrio normativo la causa della sanzione dell'inefficacia. Conseguentemente, l'inefficacia non può dirsi causa di se stessa, ma rappresenta la conseguenza di quel difetto, cioè, appunto, della iniquità del contratto tra professionista e consumatore.

Sul punto, preme sottolineare, sin da ora, che al giudice è consentito, eccezionalmente, sindacare l'equilibrio del contratto, in quanto l'atto negoziale risulta stipulato in presenza di una condizione di patologia sociale, cioè di una situazione di ingiustizia procedurale che impedisce alla parte debole di esprimere la propria reale preferenza rispetto al contratto¹³⁷.

Difatti, in tanto vale il principio di insindacabilità dello scambio, come corollario giuridico del principio economico dell'utilità marginale, in quanto il contratto rispecchi le reali preferenze di entrambe le parti, sull'assunto che queste siano i migliori giudici dei propri interessi. Questo assetto, tuttavia, non può essere replicato ogniqualvolta si verifichi una situazione di patologia sociale (come nei contratti tra professionista e consumatore, caratterizzati, per definizione, da una diversa forza contrattuale delle parti) o anche fattuale (come lo stato di pericolo o di bisogno presi in considerazione dal codice civile), tale da incidere sul normale processo di formazione della volontà, determinando uno squilibrio delle parti.

Quando, in particolare, il rapporto è strutturalmente asimmetrico sotto il profilo economico-sociale, quella debolezza è causa di una menomazione della libertà negoziale della parte debole: il contratto risulta stipulato in una situazione di ingiustizia procedimentale, che

configurare la categoria dogmatica della nullità relativa, sull'assunto della difficoltà di ipotizzare una forma di invalidità che, pur colpendo la struttura del contratto, opera solo per una parte, il consumatore, il quale è l'unico soggetto legittimato ad azionarla. Se il contratto è invalido *ab origine* - si diceva - non sarebbe possibile ritenerlo vincolante solo limitatamente ad alcuni soggetti. Sulla configurabilità della nullità relativa come categoria dogmatica relativa, si vedano, in senso critico, le riflessioni di: A. FEDELE, *Le invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, cit., p. 157 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1946, p. 346 ss.; F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, XXI, Milano, 1987, p. 628 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrina generali del diritto civile*, cit., p. 247 ss..

¹³⁷ Si vedano le considerazioni di D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, cit., p. 182 ss..

si traduce in ingiustizia sostanziale, cioè, appunto, nella stipulazione di un contratto squilibrato sotto il profilo normativo. A tale situazione, l'ordinamento reagisce predisponendo strumenti di riequilibrio, quali, appunto, la inefficacia/nullità parziale.

Se quella appena illustrata è la funzione del rimedio - tutelare la parte debole del contratto asimmetrico in funzione di riequilibrio –, allora, si spiega anche perché ragionare in termini di nullità, all'epoca, destasse tanti dubbi. Sull'assunto della rigidità del suo schema dogmatico, la nullità appariva uno strumento inadeguato a tutelare il contraente debole, in quanto richiama la conseguente applicazione del meccanismo di cui all'art. 1419 c.c., che non consentiva quella graduazione e differenziazione nel trattamento del regolamento ritenuta necessaria a conservare quest'ultimo a favore di una delle parti. Né si riteneva di poter invocare il meccanismo di sostituzione contemplato dall'art. 1419, comma secondo, c.c., il cui funzionamento presuppone l'individuazione di norme imperative che, di regola, non è dato ravvisare nella disciplina delle clausole vessatorie, caratterizzata, per lo più, da norme di carattere dispositivo¹³⁸.

Inoltre, ai fini del presente lavoro, giova porre in luce che il richiamo all'art. 1419 c.c. avrebbe anche sollevato il rilevante problema di come assicurare l'esigenza di conservazione del contratto nell'interesse del consumatore in caso di vessatorietà di una clausola essenziale, cioè ogniqualvolta la nullità della singola clausola determini una lacuna nel regolamento contrattuale tale da impedire o, comunque, rendere problematico il funzionamento di questo. E, d'altra parte, la scelta di non qualificare il rimedio in termini di nullità, facendo riferimento al concetto di inefficacia, lascia, parimenti, impregiudicato il connesso problema dell'integrazione del contratto che, ai sensi dell'art. 1469 *quinquies*, comma primo, c.c., resta produttivo di effetti “per il resto”¹³⁹.

Le criticità sopra illustrate hanno portato la dottrina più accorta a identificare l'inefficacia di cui all'art. 1469-*quinquies* proprio con la nullità del contratto, elaborandola, però, come una figura affatto diversa da quella tradizionale, in quanto caratterizzata, al pari dell'inefficacia testualmente prevista, tanto dalla relatività della legittimazione ad agire, quanto della parzialità del suo operare¹⁴⁰. Due i dati a sostegno di questa tesi.

In primo luogo, viene in considerazione il superamento della idea di irrilevanza dell'atto

¹³⁸ A voler tacere poi di quell'orientamento dottrinale che interpretava il meccanismo di cui all'art. 1419, comma secondo, c.c. come una regola del tutto estranea alla disciplina della nullità parziale di cui al comma primo. Sul punto, si rinvia alle considerazioni di: S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 53 ss.; M. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata, nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 157 ss.; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., p. 114 ss..

¹³⁹ Il problema della integrazione della lacuna del regolamento contrattuale è stato, sin da subito, messo in evidenza, tra gli altri, da S. MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Eu. dir. priv.*, 1998, I, p. 45 ss..

¹⁴⁰ In particolare, si vedano le considerazioni di G. PASSAGNOLI, *Commento all'art. 1469-quinquies, comma 1, 3 e 5*, cit., p. 163 ss..

nullo, corollario della teoria della fattispecie, secondo cui l'efficacia costituisce criterio di giuridicità del fatto giuridico: da quella impostazione conseguiva che l'atto improduttivo di effetti, in quanto non coincidente con lo schema normativo, sarebbe stato irrilevante. Tale teoria non appare più al passo con i tempi in quanto «*non consente di spiegare la pluralità di statuti con cui il contratto nullo, già nell'impianto originario del Codice Civile, va soggetto, ove si prevedono, per considerare qui solo le ipotesi più eclatanti, i differenziati trattamenti del negozio illecito, illegale ed immorale*»¹⁴¹.

In secondo luogo, e soprattutto, muta anche la concezione dell'interesse sotteso al rimedio della nullità contrattuale, che non appare, sempre e necessariamente, di carattere pubblico, in contrapposizione rispetto all'interesse individuale alla cui tutela è preposto l'annullamento; non ultimo perché una rigida antitesi tra i due rimedi fondata sulla natura dell'interesse appare tra «*le più vaghe e incerte che si possano concepire*»¹⁴². In aggiunta, si osserva che, sempre più spesso, particolarmente in materia di tutela della concorrenza del mercato, la realizzazione di interessi di portata più generale, come quello della libertà di iniziativa economica, richiede una sostanziale coincidenza con l'attuazione di interessi di carattere individuale, poiché solo garantendo la parità piena e sostanziale tra i contraenti è possibile assicurare i predetti interessi generali¹⁴³.

Questo insieme di considerazioni hanno presto indotto gli studiosi più attenti a ritenere che il concetto di inefficacia originariamente recepito dal codice coincideva, in realtà, con la

¹⁴¹ Così, ancora, G. PASSAGNOLI, *Commento all'art. 1469-quinquies, comma 1, 3 e 5*, cit., p. 169.

¹⁴² Così R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 399. In questo stesso ordine di idee si vedano anche: M. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 17 ss.; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., p. 90. Sulla dicotomia nullità-annullabilità, in particolare, si veda S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, cit., p. 1019, il quale rileva che l'impossibilità di operare una netta distinzione tra natura pubblica e privata dell'interesse tutelato «apre la crisi della distinzione tra nullità e annullabilità». Entrambi i rimedi, difatti, mirano a reagire a forme di squilibrio contrattuale originato dalla posizione di debolezza di uno dei contraenti. L'unica differenza sostanziale tra le due ipotesi sarebbe rappresentata dal tipo di squilibrio. Nelle fattispecie annullabili, lo squilibrio si collega a una occasionale perturbazione della volontà di uno dei contraenti, dovuta a fattori del tutto contingenti. Mentre, nelle nullità di protezione, lo squilibrio è strutturale, essendo imputabile a fattori distorsivi del mercato, tali da porre una parte in posizione di maggior forza economica o informativa rispetto all'altra. Sul tema, si vedano anche: A. DI MAJO, *La nullità*, in A. Di Majo, G.B. Ferri e M. Franzoni, (a cura di), *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XIII, 7, Torino, 2002, p. 54 ss.; M. FRANZONI, *Il contratto annullabile*, ivi, p. 168 ss.; A. CATAUDELLA, *Il concetto di nullità del contratto e il suo permanere in vigore*, in *Dir. lav.*, 2006, I, p. 1 ss..

¹⁴³ A riguardo, G. PASSAGNOLI, *Commento all'art. 1469-quinquies, comma 1, 3 e 5*, cit., p. 171 ss. mette in evidenza come proprio i valori immanenti al sistema costituzionale e al sistema eurounitario inducono a mettere in dubbio l'ambiguità della distinzione tra interesse generale e interesse particolare. In dottrina, è stato osservato (si veda, in particolare, S. PLODORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, cit., p. 1019 ss.) che «l'introduzione nel sistema delle c.dd. nullità di protezione testimonia in modo tangibile la crisi della distinzione tra pubblico e privato nella cura degli interessi sottesi alle patologie negoziali», poiché la loro «complessità funzionale è irriducibile alla dicotomia pubblico-privato». Difatti, tali rimedi mirano ad attuare un interesse riferibile al mercato, inteso come sintesi delle legittime aspettative degli operatori economici che vi operano. Tale interesse è, però, strettamente a contatto anche con quello individuale proprio del singolo consumatore. Da qui, la necessità di contemperare due ordini di interessi nelle loro reciproche interferenze, al fine di assicurare che vengano ristabilite condizioni di scambio eque e corrette, anche oltre i confini della singola operazione negoziale, in un'ottica macroeconomica.

categoria giuridica della nullità in senso proprio e, segnatamente, della nullità per contrasto con norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, primo comma, c.c., atteso che l'art. 1469-*quinquies* si atteggiava a norma di carattere impeditivo e imperativo.

D'altra parte, i limiti del ricorso alla figura della inefficacia sono stati posti ben in evidenza dalla stessa Relazione al codice del consumo, ricalcata sul parere reso dal Consiglio di Stato¹⁴⁴, in cui si individuano almeno tre elementi di criticità. In primo luogo, l'inefficacia viene, esplicitamente, considerata una categoria neutra, in quanto relativa al profilo della produzione degli effetti, non a quello della regolarità del contratto, escludendosi, così, che essa possa assurgere a categoria giuridica dogmaticamente autonoma e distinta da quella della nullità. In secondo luogo, anche a voler ammettere l'esistenza di siffatta categoria in funzione protettiva, si finirebbe per configurare una ipotesi eccentrica e asistemica di inefficacia, che, oltretutto, risulterebbe priva di disciplina nel codice o, comunque, si vedrebbe estesa una disciplina incompleta e incoerente con le finalità protettive della stessa. In terzo luogo, l'ordinamento prende atto anche della recente proliferazione di molteplici statuti disciplinari della nullità; questa si sarebbe frantumata in una pluralità di fattispecie caratterizzate da una propria disciplina parzialmente differenziata da quella classica. In effetti, già prima dell'entrata in vigore del codice del consumo, il legislatore aveva progressivamente iniziato a introdurre numerose previsioni testuali di nullità connotate dal perseguimento di analoghe finalità protettive e da aspetti di "atipicità": si pensi, a titolo esemplificativo, alle nullità di cui all'art. 127, comma secondo, del T.U.B., all'art. 23, commi 1, 2 e 3, del T.UF., agli artt. 6 e 9, comma terzo, della legge n. 192/1998.

In questa prospettiva, l'art. 36 cod. cons. prende atto del mutato assetto sistematico della disciplina della nullità, cristallizzando una fattispecie che recepisce l'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale degli ultimi anni, determinando, così, la trasformazione della nullità di protezione «*da mero concetto a istituto*»¹⁴⁵.

Quanto alle caratteristiche di siffatta nullità, si è osservato che, sotto il profilo soggettivo, essa si presenta come relativa, operando a solo vantaggio del consumatore, a cui compete la legittimazione ad agire¹⁴⁶; mentre, sotto il profilo oggettivo, essa si atteggiava – come si vedrà meglio in seguito - come nullità a parzialità necessaria, poiché colpisce solamente la parte del

¹⁴⁴ Si tratta del parere reso il 10 dicembre 2004 dal Consiglio di Stato allo schema di decreto legislativo relativo al codice del consumo, il d.lgs. 206/2005 (si veda, in particolare, il parag. 7.2 del parere), richiamato dalla relazione illustrativa del Ministero delle attività produttive.

¹⁴⁵ In questi termini A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, p. 1537. In dottrina, inoltre, parla di nullità di protezione come di un vero e proprio *tertium genus* di invalidità M. GIROLAMI, *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus nel sistema dell'invalidità negoziale*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, p. 55 ss..

¹⁴⁶ Questa ricostruzione, ispirata al modello francese, fondato sulla distinzione *nullità absolute e nullità relative*, trova, peraltro, conforto anche nel dato testuale, laddove gli artt. 117 e 127 del T.U.B. (d.lgs. n. 385/1993) avevano già introdotto, per i contratti bancari e finanziari, nonché per i contratti di credito al consumo, una nullità a legittimazione relativa a favore del solo contraente protetto.

contratto recante la pattuizione vessatoria, superando così i dubbi interpretativi posti dall'art. 1419 c.c. in queste ipotesi.

Tanto è vero che lo stesso legislatore del codice del consumo, nel 2005, nel riordinare organicamente la normativa, ha qualificato, espressamente, anche sul piano linguistico, la nuova fattispecie in termini di “nullità”. L'art. 36 del codice del consumo, non a caso, è stato plasticamente rubricato “*Nullità di protezione*”, sciogliendo ogni dubbio circa la riconducibilità di quel rimedio nell'alveo della categoria della invalidità-nullità.

Se, dunque, da un lato, il codice del consumo, ha superato i predetti dubbi interpretativi, dall'altro, ha posto all'attenzione della dottrina e della giurisprudenza tutte le questioni interpretativo-applicative connesse al rimedio della invalidità; non fosse altro per il fatto che tale nullità è palesemente connotata da una peculiare funzione protettiva, che la rende, *ictu oculi*, ben distante dal modello del codice civile. Anzi, proprio questa funzione protettiva è all'origine delle caratteristiche “speciali” di questo rimedio, che diverge, sotto molti aspetti, dal paradigma classico.

Il codice del consumo, all'art. 33, comma primo, conferma i predetti presupposti per l'attivazione del rimedio in esame, ribadendo che le clausole vessatorie sono quelle che determinano uno squilibrio giuridico delle posizioni contrattuali tra le parti, ossia uno squilibrio significativo dei reciproci diritti e obblighi, in relazione alla natura del bene o del servizio oggetto del contratto, nonché delle circostanze esistenti al momento della sua conclusione.

Lo scopo di questa disciplina resta quello di offrire un rimedio alle ipotesi di squilibrio contrattuale, consentendo al consumatore di rivolgersi al giudice per ottenere la caducazione della sola clausola vessatoria.

In tal modo, il legislatore ha offerto agli operatori giuridici una norma “di interpretazione autentica”, diretta a confermare l'idea di quanti, già prima del 2005, consideravano la inefficacia/nullità come rimedio idoneo a reagire all'altrui abuso della forza contrattuale, fonte di uno squilibrio significativo e ingiustificato.

Giova precisare come il rimedio *ex art. 36 cod. cons.* si attegga a nullità di protezione in senso contenutistico, essendo il contratto nullo in quanto contenutisticamente iniquo. Ma non si può non accennare al fatto che la proliferazione di eterogenee fattispecie di invalidità in funzione protettiva nei più svariati settori dell'ordinamento induce, oggi, a declinare tale nullità non solo in senso contenutistico, ma almeno in altre due accezioni.

Da un lato, vengono in considerazione le nullità formali, cioè attinenti a vincoli di forma: in tali casi, il contratto è nullo non tanto perché iniquo, quanto perché “intrasparente” sotto il profilo formale. Difatti, nella contrattazione simmetrica, non è sufficiente che il contratto

presenti una certa forma, ma occorre anche che sia scritto in modo trasparente e intellegibile¹⁴⁷. Dall'altro, vengono in considerazione nullità comportamentali o procedimentali, in cui non si pone tanto un problema di conformità del negozio alla legge, quanto un difetto nella procedura di formazione del contratto, ossia la nullità è legata a una scorrettezza di carattere comportamentale, come nei contratti stipulati a distanza o fuori dei locali commerciali.

In tutti questi casi, la nullità si caratterizza per una particolare funzione protettiva, legata al tipo di norma violata e, quindi, al tipo di interesse leso dall'atto di autonomia negoziale. Le norme che vengono in considerazione in queste ipotesi sono norme di ordine pubblico e di protezione, essendo poste a tutela non tanto o soltanto di un interesse pubblico, come le nullità codicistiche, quanto, piuttosto, dell'interesse individuale di alcuni soggetti, in qualità di appartenenti a ceti o a gruppi sociali caratterizzati da una situazione di particolare vulnerabilità, e che, quindi, necessitano di una specifica protezione da parte dell'ordinamento¹⁴⁸.

Invero, anche nelle nullità di protezione è coinvolto un interesse generale, solo che si tratta di un interesse pubblico occasionalmente coincidente con quello del più debole, poiché dalla protezione di quest'ultimo non deriva solo la tutela della sua sfera giuridica personale, ma discendono, altresì, effetti benefici per la comunità, sotto il profilo della tutela della concorrenza, dell'andamento complessivo del mercato, della solidarietà e dell'equità. Tanto nella convinzione che un mercato in cui i consumatori sono efficacemente protetti sia un mercato più virtuoso ed efficiente: sicché «*la protezione del consumatore è ad un tempo strumento di protezione di una parte e condizione di efficienza del mercato*»¹⁴⁹. Si parla, al riguardo, di interessi meta-individuali proprio per sottolineare il carattere composito e anfibologico di tale rimedio invalidatorio.

La *ratio* della nullità di protezione, dunque, va ravvisata nell'esigenza di garantire valori fondamentali dell'ordinamento, che coincidono con interessi c.d. di serie o di massa, dei quali la parte debole è portatrice in forza di una propria condizione oggettiva¹⁵⁰.

¹⁴⁷ Il c.d. neoformalismo comunitario sostituisce alla forma la trasparenza. La massima espressione di questa ipotesi di nullità è rappresentata dall'art. 35 cod. cons., in base al quale, le clausole contrattuali devono essere redatte in modo chiaro e comprensibile. Tra i numerosi contributi sul tema, si ricordano: M. GIORGIANNI, *Forma degli atti* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 994 ss.; G.B. FERRI, *Forma e autonomia negoziale*, in *Quad.*, 1987, p. 327 ss.; R. AMAGLIANI, *Profili della forma della nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999; F. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 396 ss.; E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006; B. PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008; S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009; L. MODICA, *Formalismo negoziale e nullità*, in *Le invalidità di diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011, p. 451 ss..

¹⁴⁸ Si rinvia, nuovamente, a S. PLODORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, cit., p. 1019 ss..

¹⁴⁹ Così G. VETTORI, *La giurisprudenza come fonte del diritto privato*, in *Pers. e merc.*, 2016, 4, p. 147.

¹⁵⁰ Tra i molti, si vedano gli studi in materia di: G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit.; ID., *Fonti europee, successione di leggi e rapporti contrattuali pendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 3, p. 543 ss.; V. ROPPO, *La nuova disciplina delle clausole abusive nei contratti tra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p.

Il progressivo intervento del legislatore in favore del contraente economicamente più debole incide in profondità sull'assetto tradizionale del diritto contrattuale, soprattutto sotto il profilo dei rimedi contro l'asimmetria, nonché, più in generale, con riguardo al ruolo del giudice rispetto al regolamento negoziale.

In questa prospettiva, l'intervento del giudice diviene strumento essenziale per garantire alla parte debole una tutela effettiva nel momento in cui si avvale del rimedio invalidatorio. Nel contempo, comprendere la portata e l'incisività del potere giudiziario diviene un passaggio fondamentale per stabilire quale sia la latitudine dell'autonomia contrattuale dei privati nell'ambito delle fattispecie asimmetriche. Il punto merita, allora, di essere approfondito.

2. Raffronto con altri ordinamenti europei: la *nullité relative* e la recente riforma del diritto contrattuale francese.

Prima di analizzare *funditus* le caratteristiche della nullità di protezione rispetto al problema delle conseguenze della caducazione di una clausola abusiva essenziale, può essere interessante allargare lo sguardo al resto d'Europa. Un utile spunto di riflessione è rappresentato dall'analisi di talune legislazioni europee, per valutare come queste abbiano recepito la Direttiva 93/13/CE e come, quindi, abbiano predisposto una tutela adeguata per il contraente debole.

Particolarmente interessante si rivela il raffronto con il diritto francese e il diritto tedesco, che, pur essendo i sistemi più vicini a quello italiano, non sembrano aver conosciuto un dibattito analogo al nostro sulle nullità di protezione. L'attuazione della disciplina comunitaria delle clausole abusive, in quegli ordinamenti, è, infatti, avvenuta in modo meno traumatico, attraverso l'impiego delle categorie generali previste e disciplinate dai rispettivi codici civili.

Nell'ordinamento francese, la Direttiva è stata recepita con la legge n. 95-96/1995, all'interno del *Code de la consommation*, riproducendo, con poche varianti, la definizione comunitaria di clausola abusiva: questa viene identificata nella pattuizione che, nei contratti

277 ss.; G. VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, I, p. 313 ss.; S. MAZZAMUTO, *Note minime in tema di autonomia privata nel mercato interno. Le regole. L'informazione come strumento*, cit., p. 257 ss.; C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, I, p. 29 ss.; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008; G. D'AMICO, *Nullità virtuale-Nullità di protezione – (Variazioni sulla nullità)*, cit., p. 737 ss.; S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contr.*, 2009, p. 1020 ss.; S. POLIDORI, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1022 ss..

tra professionisti e consumatori, ha «*per oggetto o per effetto di creare, a danno dei non professionisti o consumatori, uno squilibrio significativo dei diritti e nelle obbligazioni delle parti contrattuali*».

La sanzione riservata dal legislatore francese alla stipulazione di clausole abusive consiste nella assoluta privazione di efficacia delle stesse: il giudice, anche d'ufficio, considera quelle clausole come non apposte (“*sont réputées non écrites*”), impedendo la possibilità di recuperare qualunque effetto delle stesse.

L'ambigua formula “*clauses réputées non écrites*” non richiama un rimedio ben preciso e definito del diritto francese, benché il dibattito sulla natura di tale sanzione tenda ad avvicinarla alla nullità¹⁵¹. Ma, certo, è evidente la finalità a cui tende il ricorso a tale finzione giuridica: considerare la clausola come non apposta significa mantenere in vita il contratto privato della stessa, consentendo di evitare che la nullità di una singola pattuizione trascini con sé il resto del contratto.

Si osserva, in definitiva, che tale strumento di finzione giuridica realizza due effetti fondamentali. Per un verso, consente di assicurare la sopravvivenza del contratto, impedendo l'estensione della nullità all'intero atto. Per l'altro, accorda al giudice la possibilità di intervenire sul contratto, al fine di provvedere al suo riequilibrio, attraverso la sostituzione della clausola abusiva¹⁵².

Tali conseguenze inducono la dottrina ad assimilare questo rimedio alla figura della *nullité relative*¹⁵³, che, nel sistema francese, è posta a tutela della parte contro i vizi del consenso e di *lésion*, attribuendo al giudice un potere di apprezzamento da condurre alla stregua dei principi generali di giustizia contrattuale. Non a caso, il fondamento della *nullité relative* viene individuato nel controllo di equità dell'operazione contrattuale. In questo senso, la *nullité relative* si distingue dalla figura della *nullité absolue*, la quale costituisce, invece, uno

¹⁵¹ Cfr. V. COTTEREAU, *La clause réputée non écrite*, in *Sem. jur.*, 1993, p. 315 ss.; J. KULLMANN, *Remarques sur les clauses réputées non écrites*, in *Rec. Sirey*, 1993, *Chr.*, p. 59 ss.; F. CHABAS, *Leçon de droit civil*, II, vol. 1, *Obligations*, Paris, 1998, p. 80 ss., secondo il quale «*les clauses abusives (...) sont réputées non écrites, ce qui veut dire qu'elles sont nulles sans que, pour autant le reste du contrat perde son efficacité*»; J. CLAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 5^a ed., Paris, 2000, p. 200-204, i quali affermano che, poiché la nullità colpisce la clausola, non l'intero contratto, non sarebbe possibile operare alcuna distinzione tra la nozione di clausola nulla e la nozione di clausola “*réputée non écrite*”; L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, Paris, 2002, p. 337 ss.. Nella dottrina italiana si vedano anche le considerazioni di V. RIZZO, *Le “clausole abusive” nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994, p. 457-458, il quale osserva che l'ambiguità di tale sanzione sta tutta nel fatto che «se, da un punto di vista teorico, si potrebbe credere che non c'è sanzione più grave di comportarsi come se la clausola non esistesse, da un punto di vista pratico, essa si rivela insufficiente in quanto i *professionnels* possono continuare a inserire impunemente clausole abusive nei loro documenti contrattuali». Infatti, la clausola “*réputée non écrite*”, pur essendo considerata non apposta, cioè pur essendo considerata solo fintamente inesistente, in forza della tecnica della finzione giuridica, in realtà, continua a permanere materialmente nei documenti.

¹⁵² Cfr. L. FIN-LANGERE, *L'équilibre contractuel*, Paris, cit., p. 337 ss.

¹⁵³ Cfr. F. CHABAS, *Leçon de droit civil*, cit., p. 80 ss.; J. CLAIS-AULOY, F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, p. 200-204.

strumento non di giustizia contrattuale, bensì diretto a realizzare l'utilità sociale in presenza di fattispecie che presentano vizi particolarmente gravi rispetto allo schema legale¹⁵⁴.

Nonostante le differenze intercorrenti tra le due forme di *nullité*, entrambe sembrano presentare un dato comune, e cioè quello di creare una situazione di apparenza da eliminare o superare, all'esito dell'opera di apprezzamento del giudice, in quanto fonte di ingiustificato affidamento¹⁵⁵: in particolare, la nullità assoluta è solo eliminabile dal mondo giuridico, senza possibilità alcuna di sanatoria; mentre, la nullità relativa può essere anche consolidata da parte del soggetto legittimato. Le uniche differenze davvero sostanziali riguardano il termine di prescrizione e la legittimazione ad agire.

Sicché, alla luce di queste brevi considerazioni, è già possibile trarre una prima conclusione: nel diritto francese, la vessatorietà delle clausole imposte dal professionista è sempre stata, sin dall'inizio, agevolmente ricollegata al rimedio della nullità, in particolare, a una nullità in chiave relativa. L'introduzione di una tecnica di invalidazione protettiva, in attuazione della disciplina comunitaria, dunque, non ha posto grossi problemi, apparendo riconducibile alla nullità relativa, cioè a una figura di invalidità già prevista e ammessa pacificamente dall'ordinamento francese, dove non è conosciuta la distinzione nostrana tra nullità (assoluta) e annullabilità (relativa), ma i difetti del regolamento sono ricondotti a un'unica figura di nullità.

La invalidità di protezione, in conclusione, finisce per coincidere con la *nullité relative*, trattandosi di «*figura in grado di creare una situazione di instabilità la cui sorte è rimessa alla decisione consapevole del contraente debole*»¹⁵⁶ e la cui rilevabilità d'ufficio, da parte del giudice, è pacificamente ammessa, trattandosi di facoltà prevista sia per le nullità assolute che per le nullità relative.

Per completezza di indagine, si deve ricordare che il diritto delle obbligazioni e dei contratti nel sistema francese è stato oggetto, recentemente, di una importante riforma¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Sul punto si vedano gli studi di M. CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée des nullités contractuelles*, Parigi, 2002, p. 238 ss.; P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, II, *Istituti giuridici*, Torino, 1998; J. GHESTIN e I. MARCHESSAUS, *L'évolution du droit des clauses abusives en France*, in *Le clause vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di Alpa e Patti, II, Milano, 1997, p. 1367 ss..

¹⁵⁵ Tradizionalmente, la disciplina delle invalidità negoziali non ha costituito oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore francese, che vi ha dedicato, all'interno del *code civil*, sintetiche disposizioni, il cui significato è stato via via chiarito e puntualizzato dall'opera degli interpreti. In particolare, la dottrina si è a lungo divisa nell'intendere la *nullité de plein droit* come ipotesi di inesistenza del negozio ovvero come ipotesi di mera invalidità. L'inesistenza viene identificata in quella categoria propria dei negozi non completi dei loro elementi essenziali e, quindi, privi di significato giuridico. Mentre, le fattispecie annullabili, creando una situazione di apparenza giuridica, richiedono l'intervento del giudice al fine di sancirne la nullità. Cfr. nota n. 12.

¹⁵⁶ Sul punto, si veda l'analisi comparatista di M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria moderna della nullità relativa*, cit., p. 430 ss..

¹⁵⁷ Il riferimento è all'ordinanza del 10 febbraio 2016, n. 131, con la quale il legislatore francese ha recepito e rielaborato i principali arresti giurisprudenziali e i principi del diritto europeo, dotandosi di una normativa civile al passo con i tempi e le mutate esigenze socio-economiche. Per i primi commenti alla riforma, si

L'obiettivo perseguito dal legislatore è la riscrittura del diritto comune dei contratti alla luce della mutata realtà sociale ed economica, nell'intento di consegnare ai privati una vera e propria "costituzione dei rapporti privati", cioè una disciplina applicabile tanto alle relazioni tra soggetti qualificati, quanto alle relazioni fra professionisti ovvero fra questi e i consumatori. Ciò allo scopo di rendere il sistema civile francese maggiormente attrattivo, sotto il profilo giuridico, rispetto agli altri ordinamenti europei.

Questo obiettivo viene perseguito attraverso l'introduzione di numerose novità, tra le quali, la scomparsa dell'elemento della causa del contratto¹⁵⁸, la modificazione delle norme sulla conclusione del contratto e sul contenuto, la rilevanza riconosciuta alla buona fede e alle sopravvenienze.

Tutte le innovazioni citate, peraltro, si segnalano per un dato comune: la tendenza ad affidare al giudice poteri di intervento sul contratto sempre più penetranti, in nome di esigenze di *justice contractuelle*, *semplicité*, *efficacité*, *protection*¹⁵⁹. Ed è proprio questo l'aspetto maggiormente significativo della riforma, su cui anche gli studiosi italiani si troveranno a riflettere nel ripensare il nostro sistema contrattuale.

Ai fini del presente lavoro, giova, allora, concentrare l'attenzione su due particolari profili della riforma francese, tra loro interconnessi, rappresentati, da un lato, dalla disciplina della *nullité*, dall'altro, dalla disciplina delle clausole abusive.

Quanto al primo punto, la riforma, agli artt. 1178 e 1179 *code civil*, ha cercato di razionalizzare la disciplina della *nullité*, a partire dalla distinzione tra *nullité absolue* e *nullité relative*, precisando che la prima è diretta alla protezione di un interesse generale, mentre la seconda mira alla protezione di un interesse privato. Come è stato rilevato da autorevole

rinvia a: M. MAZEAUD, *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, II, p. 802 ss., il quale descrive la riforma francese come una «rivoluzione tranquilla del diritto dei contratti, che non cambia l'immagine del mondo contrattuale, e non rappresenta un terremoto contrattuale»; ID., *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 444 ss.; G. ALPA, *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. del dir. priv.*, 2015, p. 177 ss.; L. KLESTA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1549; L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. e impr./Eu.*, 2016, p. 327 ss.; F. BENATTI, *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, p. 627 ss.. Nella dottrina francese si vedano: B. MALLET BRICOUT, *2016, Ou l'année de la réforme du droit des contrats*, in *Revue trimestrelle droit civil*, 2016, p. 466 ss.; F. POLLAUD DULIAN, *Rèforme du droit des contrats par l'ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016*, in *Revue trimestrelle droit commercial*, 2016, p. 504 ss.; G. VETTORI, *L'ordonnance sulla riforma del contratto in Francia*, in *Pers. e merc.*, 2018, 2, p. 3 ss.; S. GRUNDMANN, M.S. SCHÄFER, *The French and the German reforms of contract law*, in *Pers. e merc.*, 2018, 2, p. 11 ss.; E. NAVARRETTA, *La causa e la réforme du code civil francese*, in *Pers. e merc.*, 2018, 2, p. 31 ss..

¹⁵⁸ Sul tema si vedano, in particolare, gli studi di M. BARCELLONA, *Un'altra complessità: l'orizzonte europeo e i problemi della causa*, in *Jus civile*, 2016, p. 362 ss.; E. NAVARRETTA, *La causa e la réforme du code civil francese*, cit., p. 31 ss.; M. FRANZONI, *La causa e l'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico*, in *Pers. e merc.*, 2018, 2, p. 54 ss..

¹⁵⁹ Cfr. G. VETTORI, *L'ordonnance sulla riforma del contratto in Francia*, cit., p. 3 ss..

dottrina¹⁶⁰, questa puntualizzazione, se, da un canto, ha il merito di aver chiarito il rapporto tra le due figure di nullità, dall'altro, lascia perplessi per l'inattualità di un rigido schematismo di questo tipo, di fronte al proliferare di molteplici forme di invalidità, come quelle di protezione, che sfuggono alla tradizionale contrapposizione tra interesse pubblico e privato.

Tali incongruenze, tuttavia, possono forse essere stemperate, ove si consideri che l'art. 1184 *code civil* prende in esplicita considerazione la nullità parziale necessaria, consentendo il mantenimento del contratto «*lorsque les fins de la règle mènconnue exigent son maintien*»¹⁶¹.

La previsione di quest'ultima figura permette di considerare anche le novità relative al miglioramento delle tecniche di tutela del contraente debole, obiettivo che la riforma mostra di tenere in massima considerazione.

A riguardo, un primo aspetto degno di nota è l'introduzione della definizione di “contratto per adesione”, che l'art. 1110, comma 2, *code civil* descrive come quel contratto le cui condizioni generali, sottratte alla negoziazione, sono predeterminate da una delle parti. In tal modo, il contratto per adesione viene nettamente contrapposto al negozio oggetto di trattativa contemplato dal primo comma dello stesso art. 1110 *code civil*, che lo definisce come il contratto le cui condizioni sono liberamente negoziate tra le parti. In tal modo, il legislatore, prospettando una qualificazione che sembra riecheggiare quella del nostro art. 1341 c.c., conferma che i contratti per adesione si fondano su due elementi essenziali: la generalità e la predisposizione unilaterale.

In secondo luogo, l'art. 1171, comma 1, *code civil*, pur non definendola come “abusiva”, descrive le conseguenze a cui va incontro la clausola inserita in un contratto per adesione che crei un significativo squilibrio tra i diritti e le obbligazioni di contraenti. A riguardo, il legislatore prevede che quella pattuizione, sostanzialmente abusiva, vada reputata “non scritta”.

Così disponendo, l'art. 1171 *code civil* richiama la norma del codice del consumo francese, che, come visto, qualifica come abusive proprio le clausole che hanno per oggetto o per effetto di creare, a danno del consumatore, uno squilibrio significativo tra i diritti e le obbligazioni delle parti del contratto.

La dottrina francese osserva che, in tal modo, il legislatore ha realizzato una sostanziale “consumerizzazione” del diritto dei contratti, in quanto ha esteso alla disciplina generale del

¹⁶⁰ Si veda G. PASSAGNOLI, *Note sull'ordre public dopo la riforma del Code civile, in Pers. e merc.*, 2018, 2, p. 38-39, il quale osserva che il legislatore francese pecca «di un evidente anacronistico schematismo, rincorrendo quasi – non inganni la diversa terminologia – il modello binario del B.G.B. Novecentesco che, con la contrapposizione tra *Nichtigkeit* e *Anfechtbarkeit* ha per tanto tempo condizionato e quasi ingessato ogni riflessione sulla materia».

¹⁶¹ Secondo G. PASSAGNOLI, *Note sull'ordre public dopo la riforma del Code civile, cit.*, p. 39, tale figura costituirebbe uno degli «efficaci antidoti allo schematismo legislativo» presenti nella “trama” del sistema francese.

contratto contenuta nel codice civile nozioni e definizioni proprie della normativa consumeristica, nella convinzione che essa offra un modello idoneo a realizzare gli obiettivi protettivi avuti di mira¹⁶².

Tanto è vero che le contaminazioni con la disciplina consumeristica continuano, altresì, sul piano dell'accertamento dell'abusività delle clausole. Anche l'art. 1171, comma 2, *code civil* prescrive che la verifica sullo squilibrio normativo del contratto non possa riguardare né la definizione dell'oggetto principale del contratto, né l'adeguatezza del prezzo rispetto alla prestazione. Esattamente come prevede il codice del consumo. Non a caso, il rapporto del Presidente della Repubblica rispetto alla riforma in esame chiarisce che i criteri di apprezzamento di tale squilibrio sono ispirati a quelli fissati proprio dal codice del consumo e, quindi, il giudice può condurre quell'accertamento anche ricorrendo alle liste di clausole abusive ivi contemplate.

Una volta chiarita la nozione di clausola abusiva e le modalità del suo accertamento secondo l'attuale disciplina del *code civil*, giova tornare a porre l'attenzione sulle conseguenze, per il contratto, del sindacato di tale pattuizione. Come si è visto, l'art. 1171, comma 1, *code civil* reputa siffatta clausola “*non écrites*”. Questo significa che il contratto è affetto da una forma di invalidità necessariamente parziale.

È stato osservato che tale fattispecie non pone particolari problemi interpretativo-applicativi fintanto che l'abusività colpisca una clausola non essenziale del regolamento. Quando, invece, la clausola abusiva incide su un elemento essenziale per la sopravvivenza del contratto, non appare sufficiente reputare la stessa come “non scritta”, poiché l'intera operazione negoziale rischia, a quel punto, di essere pregiudicata dal venir meno di quell'elemento.

In questi casi, il codice del consumo francese precisa, recependo fedelmente la Direttiva n. 93/13/CEE, a differenza della nostra normativa consumeristica, che il contratto resta applicabile in tutte le altre disposizioni diverse da quella abusiva, ma solo se può sussistere senza quest'ultima.

¹⁶² Cfr. B. MALLEY BRICOUT, 2016, Ou l'année de la réforme du droit des contrats, cit., p. 466; F. POLLAUD DULIAN, Réforme du droit des contrats par l'ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016, cit., p. 504; L. GRATTON, Les clauses abusives en droit commun des contrats, in Recueil Dalloz, 2016, p. 22 ss.; M. CHAGNY, Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif, in Aj Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution, 2016, p. 117 ss., il quale evidenzia come le disposizioni citate si differenziano dalla simmetrica disposizione contenuta nel codice del commercio francese, nel cui ambito la tutela del contraente debole non si realizza attraverso l'invalidità delle clausole abusive, bensì mediante la responsabilità del contraente forte e il risarcimento del danno. Nella dottrina italiana, si vedano le riflessioni di E. MINERVINI, *Contratti per adesione e clausole abusive nel codice civile francese riformato*, in *Contr. e impr.*, 2018, 2, p. 621 ss., il quale ritiene vada vista con favore la tendenza a una maggior omogenizzazione delle tre figure di contratto previste, rispettivamente, dal codice civile, dal codice del consumo e dal codice del commercio, al fine di evitare quella c.d. “frantumazione” della normativa contrattuale a cui l'irrompere delle leggi speciali e dei codici di settore rischia di condurre.

Ciò significa, allora, che il legislatore francese, di fronte al problema degli effetti della caducazione di una clausola abusiva essenziale, sembra preferire il venir meno dell'intero regolamento contrattuale, benché questa soluzione implichi una serie di perplessità sotto il profilo della garanzia di effettività della tutela.

Da qui, appunto, l'esigenza avvertita da una parte della dottrina italiana di prevedere meccanismi di integrazione o correzione del contratto divenuto lacunoso.

Ad ogni modo, la riforma francese del 2015, anziché richiamare lo schema del codice del consumo, si limita a prevedere che la clausola abusiva sia reputata non scritta, senza soffermarsi, anche in questa occasione, sulla qualificazione di tale strumento rimediale e senza distinguere, tantomeno, tra abusività di clausole essenziali e non.

A parte questo non irrilevante elemento di differenza tra la disciplina codicistica dei contratti per adesione e la disciplina del codice del consumo, si apprezza lo sforzo del legislatore francese di realizzare una maggior omogenizzazione delle tre figure di contratto conosciute dal diritto francese, nel tentativo di evitare un'eccessiva frammentazione della normativa contrattuale¹⁶³.

2.1 (segue) La nullità nel sistema tedesco.

Il sistema tedesco non dedica all'invalidità una disciplina compiuta, non si sofferma, cioè, a descrivere le caratteristiche di nullità e annullabilità, ma, diversamente dal sistema francese, conosce questa distinzione. Inoltre, esso appare ispirato a una impostazione più sostanzialistica, che lo contrappone a quella di stampo prettamente processuale propria, invece, del *code civil*. Ciò impone che la qualificazione in termini di validità o invalidità sia fondata sulla valutazione della efficacia o inefficacia del negozio.

Sotto questo profilo, l'assetto del BGB ha profondamente ispirato il codice civile italiano del 1942. In realtà, giova ricordare come il nostro codice civile del 1865, sul modello di quello francese, non conosceva la dicotomia nullità-annullabilità, ma dettava una disciplina della invalidità che ruotava attorno alla figura della nullità, di cui erano previste varie

¹⁶³ Cfr. le considerazioni di M. MAZEAUD, *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte*, cit., p. 814 ss.; L. COPPO, *Gli ultimi sviluppi della riforma del code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, cit., p. 327 ss.; E. MINERVINI, *Contratti per adesione e clausole abusive nel codice civile francese riformato*, cit., p. 628, secondo il quale, importare nel codice civile una regola proveniente dal diritto speciale dei consumatori costituisce «un piccolo ma significativo passo verso la restituzione ad unità della nozione di contratto, unità non realizzata peraltro nemmeno nell'ordinamento italiano, ove è di gran moda – ma vi è da credere a torto – parlare in dottrina di primo, secondo, terzo contratto, ecc.» .

specificazioni. Successivamente, il legislatore del 1942 si è parzialmente distaccato dal modello francese per accogliere l'impostazione dogmatica del BGB, fondata, come accennato, sulla distinzione tra patologie afferenti alla regola negoziale e patologie che riguardano la condizione del soggetto leso nella sua libertà e nella consapevolezza del suo volere.

Caratteristica peculiare del sistema in esame è, però, lo stretto legame intercorrente tra invalidità e inefficacia, il quale si sostanzia nel fatto che la prima costituisce una delle possibili cause della seconda¹⁶⁴.

A riguardo, la nullità (*Nichtigkeit*) viene definita come il grado di inefficacia più forte del negozio giuridico, idoneo a travolgerlo *ab origine* e in modo permanente. La nullità presenta carattere assoluto, poiché può essere fatta valere da chiunque e può anche essere rilevata d'ufficio, esattamente come nel nostro sistema.

Mentre la *Nichtigkeit* individua la fattispecie radicalmente inefficace (*unwirksam*), l'annullamento (*Anfechtbarkeit*), invece, costituisce una figura di invalidità vicina alla *nullité relative*, trattandosi di una patologia che lascia il negozio valido ed efficace fintanto che il soggetto legittimato non faccia valere il rimedio, determinando così la nullità *ab origine*. La legittimazione, come nella nostra fattispecie di invalidità, spetta unicamente al soggetto la cui dichiarazione di volontà risulti viziata per effetto di errore, violenza o dolo o per incapacità.

Vi è, però, una differenza significativa nelle modalità in cui è possibile far valere questo rimedio rispetto ai sistemi francese e italiano: per ottenere la definitiva nullità del negozio annullabile, difatti, il soggetto legittimato non deve rivolgersi al giudice, ma può ottenere quel risultato attraverso una propria dichiarazione di volontà negoziale rivolta alla controparte. Sicché, la dichiarazione di annullamento costituisce un vero e proprio negozio giuridico unilaterale e recettizio, che consente di porre nel nulla, con effetti retroattivi, il negozio viziato, con la conseguenza che questo viene meno definitivamente, come se non fosse mai esistito.

L'approccio marcatamente sostanzialistico con cui il sistema tedesco disciplina la invalidità implica che «*il giudizio di validità finisce in pratica per coincidere, fino a sovrapporsi, con quello di idoneità della fattispecie a divenire operativa nel contesto negoziale*»¹⁶⁵.

Tanto è vero che l'influenza di siffatta impostazione si è ripercossa nell'ordinamento italiano, in cui è stata approntata una disciplina strutturata dell'invalidità, fondata sulla netta distinzione tra nullità e annullabilità. Da qui derivano le difficoltà che il nostro sistema ha

¹⁶⁴ Per un approfondimento sul sistema tedesco, si vedano: FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg, 1979, p. 548 ss.; LARENZ-WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 1997, p. 824 ss.; WOLF-NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 2012, p. 666 ss..

¹⁶⁵ Si vedano le considerazioni di M. GIROLAMI, *Le nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite del 2014)*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2015, I, p. 187-188.

incontrato e incontra, talvolta, tutt'oggi, nel sistematizzare la figura delle nullità di protezione, in quanto, a causa della sua natura anfibologica, essa non appare pienamente riducibile a nessuna delle predette categorie giuridiche.

Tutto ciò premesso, si osserva che la peculiarità della normativa tedesca sulle clausole abusive si appunta sul fatto che, differentemente da quella francese e italiana, essa non è figlia della Direttiva n. 93/13/CEE, ma, al contrario, è ritenuta la madre di questa. Inoltre, tale normativa si rivolge a una platea più ampia di soggetti, applicandosi non solo a favore dei consumatori, ma, più in generale, a favore di tutti coloro che si trovano nella posizione di aderente rispetto a un contratto unilateralmente predisposto dal professionista.

In effetti, la tutela del consumatore ha trovato riconoscimento, per la prima volta, nel 1976 con la legge sulle condizioni generali di contratto¹⁶⁶. Il consumatore rientra, infatti, a pieno titolo, nel concetto di parte debole di un contratto recante un contenuto imposto unilateralmente ad una parte. Tale normativa, prevedendo un inedito controllo contenutistico delle clausole contrattuali, è stata, inizialmente, collocata fuori del codice, in quanto del tutto estranea alle logiche di questo, fondato sul principio dell'intangibilità dei contenuti di un accordo conforme a legge. Come si vedrà meglio, solo con la riforma del 2000 si è deciso di integrare quelle disposizioni all'interno del B.G.B.¹⁶⁷.

Le nozioni di “consumatore” e “professionista”, invece, sono state esplicitamente introdotte soltanto in occasione del recepimento della Direttiva sui contratti a distanza, due anni prima della legge sulla modernizzazione dello *Schuldrecht*.

All'indomani della riforma del 2000, le disposizioni sul diritto dei contratti del consumatore non figurano in un codice *ad hoc*, ma, al contrario, sono state integrate all'interno del B.G.B.. Questa scelta muove dall'assunto che tale disciplina abbia come presupposto implicito il diritto privato generale, quale strumento diretto a eliminare i difetti connessi al principio generale di parità dei contraenti¹⁶⁸. Il legislatore tedesco, infatti, ha ritenuto che la tutela del consumatore non può essere reputata estranea al codice civile, atteso che la maggior parte delle disposizioni di questa materia presenta una notevole rilevanza

¹⁶⁶ Legge del 9 dicembre 1976, AGB-Gesetz, in BGBl. 1976 I, p. 3317. Già questa legge contemplava una tutela del contraente debole, qualunque fosse la sua qualificazione soggettiva, attribuendo al giudice il potere di dichiarare abusive, sulla base del principio di buona fede di cui al §242 B.G.B., le clausole contrattuali che non si ponevano in contrasto con una delle norme vigenti.

¹⁶⁷ Sul tema si veda S. PATTI, *Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, p. 103 ss..

¹⁶⁸ Sul dibattito che ha preceduto la scelta di integrare il *Sonderprivatrecht* nel B.G.B. si vedano: R. DAMM, *Verbraucherrechtliche Sondergesetzgebung und privatrechtssystem in JZ*, 1978, p. 173 ss.; P. GILLES, *Zu neueren Verbraucherschutzgesetzgebung in ihrem Verhältnis zum klassischen Privatrecht*, in *JA*, 1980, p. 1 ss.; W.H. ROTH, *Europäischer Verbraucherschutz und BGB*, in *JZ*, 2001, p. 475 ss. Nella dottrina italiana si veda S. PATTI, *I contratti del consumatore e la ricodificazione tedesca*, in *Eu. dir. priv.*, 2003, p. 505 ss., il quale osserva che la *Reintegration des Sonderprivatrechts* nel B.G.B. rappresenta «il risultato più rilevante della *Shuldrechtmodernisierung*».

pratica per tutti i cittadini. Tanto sulla considerazione che «una codificazione del diritto civile non può soddisfare le proprie finalità se non contiene disposizioni rilevanti nella vita quotidiana delle persone»¹⁶⁹.

Anzi, proprio l'esigenza di incrementare le tutele a favore del consumatore garantite dalla legge sulle condizioni generali di contratto ha rappresentato uno dei principali stimoli a riformare la disciplina tedesca, insieme alla necessità di tenere conto dello sviluppo delle direttive comunitarie in materia di contratti del consumatore.

Come è stato osservato in dottrina, l'attuazione della Direttiva costituisce espressione di una soluzione “minimalista”, quanto all'acceso dibattito sulle sue modalità di attuazione. È prevalsa, difatti, la scelta di modificare la legge sulle condizioni generali di contratto soltanto nelle parti necessarie a dare attuazione alla normativa comunitaria, introducendo, sostanzialmente, un'unica norma speciale per i contratti stipulati con i consumatori¹⁷⁰.

Il profilo su cui si ritiene essenziale soffermarsi, ai presenti fini, attiene alla disciplina degli effetti della declaratoria di abusività di una clausola contrattuale. L'attuale § 306, co. 3, B.G.B., non si limita a recepire fedelmente l'art. 6, co. 1, della Direttiva, prevedendo che il contratto «resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive»¹⁷¹. Ma contempla anche una disposizione ulteriore, a favore del predisponente la clausola, che non trova riscontro nella norma comunitaria: l'intero contratto va incontro a inefficacia «nel caso in cui la sua conservazione (...) rappresenti un sacrificio intollerabile per una delle parti». Questo significa che la invalidità necessariamente parziale rischia di tradursi nella invalidazione dell'intero contratto nei casi in cui il giudice reputi che la sua sopravvivenza senza la clausola abusiva costituisca un “sacrificio intollerabile” per il professionista.

Come è stato osservato in dottrina, questa disposizione suscita numerose perplessità, in quanto sembra offrire al predisponente una “scappatoia” non contemplata dalla normativa comunitaria, consentendogli di sottrarsi ai suoi impegni contrattuali, ove una o più clausole siano inefficaci.

Per questi motivi, tale disposizione è stata fortemente criticata dalla dottrina maggioritaria¹⁷², apparendo in evidente contrasto rispetto alle finalità di tutela del

¹⁶⁹ Così P. BÜLOW, Kreditvertrag und Verbraucherkreditrecht in BGB, in Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, a cura di R. Shulze, H. Shulte-Nölke, Tübingen, 2001, p. 171.

¹⁷⁰ Per una ricostruzione del dibattito circa le modalità di attuazione della Direttiva, si veda U. STAIN, L'attuazione in Germania della direttiva sulle clausole abusive, in *Annuario di diritto tedesco*, 2004, p. 217 ss..

¹⁷¹ Il § 306 B.G.B., quale norma speciale, trovando il suo fondamento nell'esigenza di protezione del contraente debole, impedisce l'operare della regola dettata dal § 139 B.G.B., secondo cui, la nullità parziale implica nullità totale del contratto, se questo non sarebbe stato concluso senza la parte colpita da nullità. Sul rapporto tra le due disposizioni cfr. R. CALVO, *Le radici del moderno diritto privato europeo con riguardo al controllo sul contenuto del contratto standard*, in *Contr. e impr./Eu.*, 2001, p. 529 ss..

¹⁷² Cfr. P. ULMER, in ULMER-BRANDNER-HENSEN, AGB-Gesetz, 2001, Introduzione n. a margine 75; H.

consumatore sottese alla Direttiva. Si tratta, infatti, di una eccezione non contemplata, né consentita dalla normativa comunitaria, proprio perché, anche a interpretarla in modo restrittivo, risulta incompatibile con gli scopi di quest'ultima; tanto è vero che, da più parti, in dottrina, viene invocata la sua eliminazione.

In ultimo, si osserva che il § 306 B.G.B. si occupa anche delle conseguenze della inefficacia di una clausola vessatoria, disponendo che «*Per quanto le clausole non sono divenute parte del contratto o sono inefficaci, il contenuto del contratto si regola secondo le disposizioni di legge*». In tal modo, il legislatore tedesco ha dettato una regola volta a evitare la caducazione dell'intero contratto, prevedendo, in modo esplicito, l'integrazione dello stesso¹⁷³. Nell'ordinamento tedesco, dunque, l'integrazione del contratto non solo è espressamente consentita, ma si realizza mediante l'inserzione di regole legali. Soltanto in mancanza di norme di legge, è possibile invocare, come *extrema ratio*, «*l'interpretazione secondo buona fede del contratto*», ai sensi del § 157 B.G.B..

3. Il profilo funzionale della nullità di protezione: da rimedio di fattispecie a rimedio conformativo.

Si è visto come, nella maggior parte degli ordinamenti di *civil law*, il recepimento della Direttiva sulla tutela del consumatore si sia tradotto nel riconoscimento del potere del giudice di caducare la pattuizione recante profili di abusività. In tali sistemi, inoltre, l'espunzione della clausola abusiva si realizza mediante il ricorso alla categoria della invalidità negoziale e, segnatamente, della nullità.

SCHMIDT, in ULMER-BRANDNER-HENSEN, cit., par. 6 n. a margine 59; D. HENRICH, in NJW 1995, 153-154; H.W. ECKERT, in WM 1993, 1070-1077; K. FREY, in ZIP 1993, 572; HABERSACK-KLEINDIEK-WEIDENMANN, in ZIP 1993, 1670-1674. Una dottrina minoritaria, invece, nega la sussistenza di un contrasto tra la disposizione in commento e la Direttiva, suggerendo una interpretazione restrittiva del concetto di "tollerabilità", così da limitarne il più possibile l'ambito di applicazione a casi estremi. In quest'ultimo senso: W.F. LINDACHER, in WOLF-HORN-LINDACHER, *AGB-Gesetz Kommentar*, München, 1999, par. 6 n. a margine 69; H. HORN, in WOLF-HORN-LINDACHER, cit., par. 24 a n. a margine 9; J. SCHMIDT-SALZER, in BB 1995, 1493-1494.

¹⁷³ Si ricorda che anche la legge spagnola prevede espressamente l'integrazione del contratto. La legge sui contratti con il consumatore del 1984, all'art. 10 *bis*, comma 2, prevede che le clausole abusive sono nulle e si intendono come non poste; si dispone, altresì, che la parte del contratto colpita da nullità possa essere integrata ai sensi dell'art. 1258 *código civil*. A riguardo, il legislatore spagnolo ha previsto, addirittura, che il giudice, nel dichiarare la nullità di tali clausole e nell'integrare il contratto, disponga di facoltà moderatrici quanto ai diritti e alle obbligazioni delle parti. L'integrazione del regolamento è prevista anche dall'art. 10 della legge spagnola sulle condizioni generali di contratto del 1998: pure in tal caso, la parte del contratto caducata può essere integrata per effetto dell'art. 1258 *código civil* e delle regole di interpretazione ivi contenute. In argomento si veda M.D.C., GETE ALONSO Y CALERA, S. NAVAS NAVARRO, in *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, diretto da I. Arroyo Martínez e Jorge Miquel Rodríguez, Madrid, 1999, p. 290-291.

Nel nostro ordinamento, l'art. 36 cod. cons. definisce, esplicitamente, questo rimedio come “*Nullità di protezione*”, a sottolineare come esso operi a tutela specifica della parte debole. Siffatta protezione si concretizza in un meccanismo volto a riequilibrare il contratto per riportare le prestazioni in un rapporto di proporzionalità reciproca, tale da non pregiudicare la parte debole. Questo è reso possibile – come si vedrà meglio nel paragrafo successivo – dal peculiare *modus operandi* della nullità, che ha carattere necessariamente parziale, poiché, per il resto, il contratto rimane salvo.

Attenta dottrina si è soffermata sul profilo funzionale di tale rimedio per sottolineare la sua distanza, anche sotto questo punto di vista, dalla nullità codicistica.

Nella prospettiva del codice civile, il giudizio sulla validità del contratto si esaurisce, interamente, nel raffronto tra la fattispecie contrattuale e la regola legale, al fine di verificare la conformità della prima alla seconda¹⁷⁴. Sicché, ben si può sostenere che la nullità, come d'altronde l'annullabilità, operi come “rimedio di fattispecie”, come strumento, cioè, diretto a intervenire, con effetto demolitorio, sul vizio strutturale che affligge il contratto.

Ben diverso è, invece, il giudizio di nullità quando riguarda un contratto che si caratterizza per la sussistenza di uno squilibrio tra le parti per la posizione di superiorità informativa o economica dell'una rispetto all'altra. In tal caso, la conformità del regolamento alla regola legale non è, di per sé, indice sufficiente a garantirne la validità, poiché il giudizio di disvalore sotteso alla nullità si appunta proprio sul diverso profilo dell'asimmetria sussistente tra le parti.

La nullità, dunque, viene in considerazione non tanto perché il contratto presenta un vizio di struttura nei suoi elementi costitutivi, quanto perché esso viene stipulato tra due parti in posizione strutturalmente differenziata, per effetto della quale, l'una abusa della propria forza in danno dell'altra. Ne consegue che il giudizio di nullità, qui, non si limita alla mera verifica di conformità del regolamento contrattuale alla legge, ma richiede un *quid pluris*, cioè si estende anche alle modalità di esercizio della libertà negoziale delle parti, al fine di accertare se l'asimmetria connaturata alle stesse si rifletta in un concreto squilibrio delle prestazioni

¹⁷⁴ La validità del contratto è subordinata al rispetto dei limiti, delle modalità e delle procedure che regolamentano la stipulazione del contratto. Laddove il regolamento contrattuale risulti difforme dall'*iter* perfezionativo prescritto dal codice, scatta la sanzione della nullità. Così come, viceversa, la violazione della regola afferente alla imputazione dell'atto alla libera e consapevole volontà dei contraenti determina l'annullabilità del contratto. Si rinvia a V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, cit.; ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, cit., p. 378, il quale considera tanto la nullità, quanto l'annullabilità come *species* di invalidità codicistiche «conseguenti a patologie o deviazioni dal prescritto modello legale», che individuano «altrettanti e tipici rimedi di fattispecie, in funzione essenzialmente demolitoria o di puro rigetto». Ai fini del giudizio di validità, non assumono, invece, alcun rilievo la particolare natura degli interessi sottesi, né la specifica condizione o posizione dei soggetti contraenti, né tanto meno le caratteristiche dei beni e servizi oggetto del contratto. In questi casi, infatti, «la qualificazione normativa procede secondo una logica astratta e neutrale, del tutto decontestualizzata e prescindente», atteso che il regolamento contrattuale è interamente rimesso al solo potere decisionale dei privati.

contrattuali.

In questa prospettiva, la caducazione della singola clausola abusiva non mira soltanto a ripristinare la legalità violata, eliminando la porzione difforme dalla prescrizione legale, ma si arricchisce di una funzione ulteriore, quella di ripristinare l'equilibrio contrattuale alterato dalla pattuizione abusiva, adattando, se necessario, il regolamento alla modifica sopravvenuta. Ciò significa che la nullità non è fine a sé stessa, per così dire, ma, coerentemente con la natura ancipite del rimedio, assolve una duplice finalità: da un lato, realizza un interesse generale, sempre sotteso a questo rimedio invalidante, mediante la demolizione della pattuizione illecita; dall'altro, soddisfa anche lo specifico interesse individuale della parte debole a conservare il regolamento contrattuale riequilibrato.

Questa nullità, dunque, si comporta come un rimedio suscettibile di produrre effetti, ad un tempo, demolitori e conservativi in funzione di protezione.

È evidente come, in quest'ottica, il rimedio della nullità si sia emancipato dalla logica della fattispecie e si configuri come una “rimedio di regolamento”, avendo come riferimento non tanto l'atto negoziale inteso nella sua morfologia, quanto il regolamento di interessi sotteso a quell'atto.

Tanto è vero che, in dottrina, si fa riferimento al concetto di “nullità funzione”¹⁷⁵ per sottolineare come la progressiva transizione dall'atto al rapporto, anche in tema di invalidità¹⁷⁶,

¹⁷⁵ In questi termini si esprime V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 494 ss.; ID., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale e regolazione del mercato*, Milano, 2006, p. 416 ss., il quale distingue le c.d. nullità funzionali da quelle c.d. strutturali. Sono considerate strutturali quelle nullità di protezione che derivano da deficienze o anomalie di fattispecie (ad esempio, per inosservanza delle prescrizioni formali, per omesse informazioni, per informazioni non veritiere, o afferenti all'esercizio dello *ius poenitendi*), similmente alle nullità tradizionali. Le nullità funzionali sono, invece, propriamente, quelle che ineriscono al contenuto del regolamento negoziale, colpendo pattuizioni inique o sfavorevoli. Queste ultime, pur avendo la loro radice codicistica nell'art. 1418, comma primo, c.c., non esprimono una *ratio* sanzionatoria analoga alla nullità tradizionale, ma perseguono una finalità conformativa del regolamento contrattuale. In tema, si vedano anche: V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 743 ss.; A. DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 63 ss.. Definisce la nuova nullità come “nullità funzionale” anche R. ALESSI, “*Nullità di protezione e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione*”, cit., p. 8, secondo la quale «la dimensione funzionale della nullità di protezione va ravvisata nella precipua attitudine non a demolire, bensì a conservare, in versione corretta e conformata, per il tramite appunto del rimedio, il contratto censurato», traducendosi in «una valutazione *ex post*, che deve inverarsi nel concreto di quell'assetto contrattuale». La finalità “essenzialmente conformativa” delle nullità di protezione, viene, infine, ribadita dalla Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 21 dicembre 2014, nn. 26242-26243, cit.), che, definendo le nullità di protezione come nullità ad assetto variabile e di tipo funzionale, spiegano e giustificano l'intervento officioso del giudice, a cui è riconosciuto il potere non tanto di caducare il contratto, quanto di segnalare la sussistenza di uno squilibrio in danno del consumatore e di correggerlo eliminando la clausola nulla.

¹⁷⁶ Una analoga tendenza alla valorizzazione del rapporto, quale dato dinamico, rispetto alla staticità dell'atto, sembra riscontrarsi, in prospettiva di sistema, anche nel diritto amministrativo, per effetto della progressiva moltiplicazione delle tutele invocabili in sede processuale dal cittadino leso dall'esercizio del potere pubblicistico. Con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010), si è superata l'idea che l'unica tutela invocabile dal privato sia solo quella impugnatoria in vista dell'annullamento del provvedimento amministrativo; si è segnato, così, il passaggio da un giudizio sull'atto a un giudizio sul rapporto, potendo essere chiesta anche una sentenza dichiarativa, di condanna o costitutiva. In tal modo, è possibile tutelare una posizione di interesse legittimo intesa non in senso meramente formale, come interesse alla legalità dell'azione amministrativa, ma in senso più sostanziale, coincidente con l'interesse al

muta i caratteri essenziali della nullità. Quest'ultima si presenta come strettamente legata all'assetto di interessi alla base dell'accordo negoziale, riconoscendo a questi una centralità prima sconosciuta, che impone di calare il giudizio di nullità nel contesto “storico-reale” in cui il contratto si forma.

A riguardo, autorevole dottrina ha individuato tre caratteristiche essenziali idonee a qualificare la nullità in termini di “nullità funzione”¹⁷⁷. In primo luogo, deve riscontrarsi una pacifica funzione protettiva del rimedio a favore di una parte contraente. Quindi, la nullità non costituisce più, semplicemente, una sanzione posta a tutela dell'interesse pubblico, ma assolve, anche e soprattutto, una funzione di protezione a favore di determinate categorie di interessi. In secondo luogo, tale rimedio deve risultare pertinente “all'area del rapporto”, afferendo all'assetto di interessi concretamente perseguito dai contraenti, al fine di assicurare la efficienza e razionalità di quello, nonché la sua conformità con i valori dell'ordinamento. Infine, la nullità deve darsi come obiettivo la “conformazione” del contratto, cioè il suo rimodellamento mediante differenti forme di graduazione della sua efficacia, nella prospettiva di assicurare la conservazione dello stesso. Difatti, solo la sopravvivenza del contratto “corretto” consentirebbe di tutelare efficacemente il consumatore, soddisfacendo il suo interesse a conseguire un certo bene o servizio.

Giova concentrare l'attenzione, soprattutto, su quest'ultimo aspetto, che è quello da cui emerge, in modo più evidente, la peculiarità propria delle nullità di protezione e la loro divergenza dall'impostazione classica.

L'affermazione e la diffusione di queste nuove nullità si accompagna alla presa d'atto che, molto spesso, l'effetto demolitorio conseguente al giudizio di invalidità non è in grado di assolvere, efficacemente, la funzione protettiva propria di quelle. Tale effetto poteva dirsi da solo soddisfacente quando la nullità mirava solamente a eliminare il difetto strutturale dell'atto negoziale in contrasto con le regole afferenti alla sua struttura. Ma, evidentemente, esso non basta quando il rimedio invalidante è chiamato anche a tutelare la parte debole del contratto.

In tal caso, accanto a quello demolitorio, si affianca un effetto ulteriore e altrettanto necessario, quello di “rimodellamento” del regolamento contrattuale. E tanto è possibile perché, dal punto di vista strettamente operativo, le nullità di protezione si caratterizzano per la necessaria parzialità della declaratoria della nullità. La circostanza che la caducazione

conseguimento di un determinato bene della vita. Cfr. R. ROMANO, *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *Foro it.*, 1982, V, p. 258 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989; F. MERUSI, *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 2011, 1, p. 1 ss.; B. RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Torino, 2012; F. PATRONI GRIFFI, *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 1, p. 115 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, 2^a ed., Bologna, 2015, p. 467 ss..

¹⁷⁷ V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, cit., p. 370.

riguardi solo una parte o clausola del contratto costituisce lo strumento tecnico attraverso il quale realizzare, concretamente, la funzione protettiva propria di queste nullità e, nel contempo, assicurare l'adattamento del regolamento negoziale alla sopravvenuta lacuna.

A riguardo, giova svolgere una precisazione. Viene osservato che, per effetto dell'intervenuta caducazione della clausola, il regolamento risulta, sicuramente, mutato, non rispondendo più all'originario assetto configurato dalle parti, venendo già rimodellato, sotto questo profilo, per effetto della pura e semplice caducazione di una singola clausola¹⁷⁸.

Ma, addirittura, come anticipato, talvolta, questo primario effetto conformativo non appare sufficiente a garantire una effettiva e adeguata tutela per la parte debole del contratto. Quando la nullità colpisce una clausola essenziale, il contratto necessiterebbe di un intervento ulteriore, questa volta di più profonda "ristrutturazione", idoneo a garantire la conformazione dell'atto e del sottostante rapporto in chiave efficacemente protettiva. In tal caso, dunque, la nullità di protezione consentirebbe di conseguire un obiettivo di conformazione e, quindi, di tutela, particolarmente rafforzato.

Come si vedrà, quest'ultimo effetto è astrattamente realizzabile in varie modalità: talvolta, con la riscrittura del regolamento a seguito di interventi integrativi o correttivi di carattere negoziale o normativo, talaltra, addirittura, si potrebbe prospettare la necessità di interventi anche sostitutivi di altra natura, cioè, persino, di tipo amministrativo o giudiziale¹⁷⁹.

Si può sin da ora anticipare che, in base alle considerazioni svolte, l'analisi della funzione della nullità di protezione consente di comprendere come si atteggi, in senso operativo, questo rimedio. A seconda delle fattispecie, la pura e semplice caducazione della clausola abusiva può apparire sufficiente a tutelare la parte debole, poiché il principio di necessaria parzialità garantisce, in linea di principio, che il resto del contratto non sia toccato dal giudizio di nullità, sì da consentire al consumatore di conseguire il bene o servizio di cui abbisogna. In questo modo, la nullità di protezione realizza un effetto di conformazione primaria o di primo livello, per così dire, perché l'eliminazione della singola clausola già produce un rimodellamento del regolamento contrattuale, che appare mutato rispetto alla sua formulazione originaria, ma sufficiente a tutelare l'interesse del consumatore.

In aggiunta, si potrebbe ipotizzare un effetto conformativo di grado superiore o secondario ogniqualvolta la nullità concerna una clausola essenziale per la stessa sopravvivenza del rapporto. In tal caso, la caducazione, pur realizzando un automatico rimodellamento del

¹⁷⁸ Cfr. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Milano, 2008, p. 2 ss., il quale osserva che la nullità parziale del contratto comporta, già di per sé, una correzione del regolamento contrattuale voluta dalle parti, atteso che la mera caducazione della singola clausola nulla determina pur sempre un effetto correttivo che può realizzarsi anche mediante sottrazione.

¹⁷⁹ Cfr. V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, cit., p. 370.

contratto, non appare sufficiente a proteggere efficacemente l'interesse del consumatore, il quale rischia di perdere la possibilità di conseguire il bene o servizio. Il contratto amputato appare, invero, "claudicante" e, quindi, destinato a non funzionare correttamente oppure a essere interamente travolto. Ecco, allora, che si renderebbe necessario un effetto conformativo ulteriore da affidare all'intervento del giudice sul contratto in funzione integrativa, sostitutiva, o eventualmente correttiva. Tale intervento, a sua volta, può, astrattamente, assumere varia natura, a seconda che l'interpolazione del regolamento negoziale avvenga sul piano normativo, amministrativo o giudiziale.

Naturalmente, come si vedrà nel prosieguo del lavoro, a seconda del tipo di intervento sul contratto, è diverso il grado di intensità con cui viene incisa l'autonomia negoziale. E questo pone il rilevante e connesso problema di stabilire come si atteggi e vada risolto il conflittuale rapporto tra libertà negoziale, da un lato, e giustizia contrattuale, dall'altro.

Si analizzeranno, successivamente, nel dettaglio le possibili modalità alternative di ristrutturazione del contratto. In questa sede, giova, intanto, richiamare l'attenzione sulla necessità che il carattere conformativo della nullità di protezione si traduca in un concreto intervento di adeguamento del regolamento negoziale in tutti quei casi in cui questo sia l'unico modo per conservarlo. A imporre una gestione manutentiva del contratto è, a ben vedere, lo stesso diritto europeo, che pretende la predisposizione di rimedi interni idonei a garantire una tutela effettiva al consumatore; ma è anche lo stesso diritto interno a richiedere, sempre di più, soprattutto in sede di contrattazione asimmetrica, che l'invalidità protettiva sia preordinata a obiettivi di equità, proporzionalità e giustizia.

Sul punto, giova svolgere una prima riflessione. La transizione della nullità da rimedio di fattispecie a rimedio di regolamento sta, progressivamente, allontanando la stessa dalla logica della fattispecie, per avvicinarla, appunto, a un modello di regole di elaborazione giudiziale.

Come è stato acutamente osservato¹⁸⁰, nell'ambito delle nullità di protezione, sulla falsariga degli ordinamenti di *common law*, «è il giudice a modellare la regola solo a posteriori, dopo la conclusione del contratto e avuto riguardo alle concrete caratteristiche dello stesso». In tal modo, la legislazione speciale mira a realizzare l'obiettivo «di conformare l'agire dei privati e l'assetto negoziale per disciplinare il mercato tutelando operatori e consumatori allo stesso tempo».

Al giudice, infatti, è riconosciuto uno strumento rimediale duttile ed elastico, che consente di configurare variamente la rimodulazione del regolamento contrattuale, attraverso la graduazione dell'efficacia dello stesso, in coerenza con gli interessi che, di volta in volta, vengono in gioco. Non solo, ma nel conformare il regolamento, il giudice deve tenere conto

¹⁸⁰ Le considerazioni sono di G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova-Milano, 3^a ed., 2017, p. 468.

anche della situazione complessiva in cui esso viene a formarsi e, dunque, anche delle condizioni giuridiche e di fatto in cui si trovano le parti contraenti, della qualificazione e posizione di queste, nonché della natura del bene o servizio oggetto dell'accordo, e finanche delle condizioni del mercato in cui si svolge lo scambio.

Un giudizio, dunque, sempre più complesso, dal quale non può che discendere un effetto giuridico altrettanto complesso e composito, quanto necessario, in un'ottica di effettività della tutela.

4. La parzialità necessaria della nullità di cui all'art. 36 cod. cons.: riflessioni sui concetti di parzialità del rimedio e di conservazione del contratto.

Lo strumento giuridico attraverso il quale si realizza, tecnicamente, la suddetta conformazione del regolamento contrattuale squilibrato è rappresentato, come si accennava poc'anzi, dalla parzialità della nullità di protezione.

È opportuno andare, ora, al cuore di questa figura, che si ritiene di ravvisare proprio nella parzialità del rimedio, ossia nel fatto che esso opera ablando dal contratto quella sola clausola o parte che presenti i connotati di abusività delineati dalla legge.

La peculiare modalità con cui opera la nullità di protezione pone, in tutta evidenza, il problema del rapporto tra caducazione della singola clausola e sopravvivenza “per il resto” del contratto. È questo l'aspetto centrale a cui il presente lavoro è dedicato: ci si propone di capire come e in che forme sia possibile la conservazione della restante parte del contratto. Da qui, il connesso tema – che verrà meglio sviluppato in seguito – della integrabilità del contratto anche ad opera di fonti diverse dalla autonomia contrattuale dei privati.

La parzialità del rimedio rappresenta, dunque, il punto di contatto e, quindi, ai presenti fini, di riflessione, tra il *modus operandi* della nullità di protezione e i poteri esercitabili dal giudice sul contratto.

Al fine di impostare correttamente l'analisi, giova svolgere alcune precisazioni concettuali.

Le nozioni di “conservazione” del contratto e di “parzialità” della nullità costituiscono due facce della stessa medaglia, l'una non potendo sussistere senza l'altra. Ci sembra, allora, opportuno soffermarsi su entrambe.

Finora abbiamo dato per implicito il significato del termine “conservazione” del contratto. È necessario, tuttavia, chiarire che la conservazione a cui qui si allude è concetto diverso da quello che viene in considerazione in altri ambiti di disciplina del contratto.

In particolare, il termine conservazione del contratto è menzionato espressamente dal codice nella rubrica dell'art. 1367 c.c. in materia di interpretazione¹⁸¹.

L'art. 1367 c.c. enuncia il principio di conservazione del negozio giuridico come canone interpretativo del contratto: l'ordinamento guarda, infatti, promuove un'opera interpretativa che consenta di mantenere al massimo l'attività negoziale, anche in presenza di una formula ambigua o lacunosa, così da assicurare la realizzazione dello scopo pratico perseguito dai privati.

Tra i vari criteri con cui è possibile interpretare il contratto, l'art. 1367 c.c. offre un criterio oggettivo e di carattere sussidiario, poiché la sua applicazione presuppone un dubbio interpretativo tale da giustificare, in astratto, due soluzioni, delle quali una conduce ad assicurare la conservazione del contratto, l'altra - da scartare - comporta l'inefficacia dello stesso. Il contratto deve essere, dunque, interpretato in un senso che consenta di attribuire qualche effetto utile alla dichiarazione di volontà delle parti.

Questa regola interpretativa riflette, a ben vedere, un principio generale dell'autonomia privata, suscettibile di trovare applicazione non solo per il contratto e per gli atti *inter vivos* a contenuto patrimoniale, ma anche per il testamento e per i negozi familiari, oltre a valere anche per i provvedimenti amministrativi. Costituisce, infatti, una esigenza elementare e di economicità dei traffici quella di assicurare valore all'atto giuridico, tentando ogni sforzo ermeneutico necessario a consentirne il funzionamento.

Tale è, dunque, l'importanza trasversale del principio di conservazione che parte della dottrina tende a ricondurre alla sua *ratio* anche una serie di altri fenomeni, come la convalida del negozio annullabile *ex art. 1444 c.c.* o la conversione del negozio nullo *ex art. 1424 c.c.* o la regola della nullità parziale del negozio *ex artt. 1419 e 1420 c.c.*

Giova concentrare l'attenzione, in particolare, su queste due ultime disposizioni. In senso lato, infatti, anch'esse possono essere considerate applicazione del principio di conservazione, poiché, lasciando sopravvivere alcune parti soltanto del negozio, ne assicurano la conservazione e realizzano l'esigenza "*di evitare che l'attività negoziale sia spreca*t"¹⁸².

Tuttavia, riteniamo indispensabile effettuare una distinzione. La nullità parziale di cui all'art. 1419 c.c. - e, a maggior ragione, la nullità parziale necessaria - pur essendo espressione del principio di conservazione, implica una accezione di quest'ultimo ben diversa da quella di

¹⁸¹ Per l'analisi di questa disposizione si rinvia agli studi di: C. GRASSETTI, voce *Conservazione (principio di)*, cit., p. 173-176; E. ONDEI, *La "conservazione" dei negozi giuridici mediante interpretazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, p. 37 ss.; G. STELLA RICHTER, *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, cit., p. 411 ss.; M. CASELLA, voce *Negozio giuridico (interpretazione del)*, in *Enc. del dir.*, XVIII, Milano, 1978, p. 17-31; G. FONSI, *Il principio di conservazione del contratto (art. 1367 c.c.)*, cit., p. 1041 ss.; N. IRTI, *Principi e problemi di interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 4, p. 1139 ss.; F. ASTONE, *Art. 1367*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta-A. Orestano, Torino, 2012, p. 546 ss.

¹⁸² Così L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 381.

cui all'art. 1367 c.c.. Nella nullità parziale, infatti, la conservazione si realizza tramite una riduzione del contenuto di un negozio nullo, a cui può seguire una successiva integrazione della lacuna.

Due sono, dunque, i profili di differenza tra le due accezioni del principio. La nullità parziale, per poter realizzare la conservazione del contratto, implica, da un lato, la invalidità di una clausola, non semplicemente un dubbio interpretativo; dall'altro, realizza la conservazione attraverso la riduzione del contenuto contrattuale per effetto della espunzione della clausola nulla, a cui può conseguire una successiva attività di integrazione della lacuna sopravvenuta.

Non a caso, secondo un orientamento dottrinale e giurisprudenziale ormai consolidato, l'applicazione dell'art. 1367 c.c. presuppone la validità del negozio, con la conseguenza che il principio di conservazione ivi sancito non può operare in presenza di un atto nullo¹⁸³.

Si afferma, infatti, in giurisprudenza che *«il principio della “conservazione” degli effetti utili di un contratto o di una clausola presuppongono l'esistenza di una volontà, almeno parzialmente efficace sotto il profilo giuridico e come tale meritevole di protezione; ma quando fa difetto una volontà meritevole di protezione giuridica allora si è fuori dalla sfera di applicazione dell'art. 1367 c.c.»*¹⁸⁴.

Questo significa, dunque, che quando si parla di conservazione del contratto affetto da nullità parziale, si fa riferimento non alla possibilità di conservare il contratto attraverso l'attività ermeneutica, ma alla sua sopravvivenza una volta che sia stato strutturalmente privato di una o più clausole nulle. La *ratio* è sempre la medesima: garantire il riconoscimento di valore giuridico a un negozio esistente, in nome di una esigenza di economia dei traffici giuridici. Ma, in caso di nullità di clausole, la conservazione afferisce, prima ancora che al piano della interpretazione, al diverso piano della struttura del regolamento, che, nonostante l'amputazione di singole parti che lo compongono, mantiene ancora un senso compiuto ed è in grado di funzionare correttamente.

Ciò chiarito a livello terminologico e concettuale quanto alla nozione di “conservazione”, giova ora soffermarsi su un altro aspetto, quello della “parzialità” della invalidità, al fine di comprendere come tali nozioni siano strettamente correlate tra loro.

Si è detto che la nullità parziale necessaria¹⁸⁵ costituisce una deroga al meccanismo della

¹⁸³ Cfr. G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1961, p. 212 ss.. In giurisprudenza, si vedano: Cass., 16 dicembre 1954, n. 415, in *Rep. Foro it.*, 1954, voce “Obbligazioni e contratti”, n. 174; Cass., 6 febbraio 1962, n. 229, in *Foro pad.*, 1962, I, p. 446 ss.; Cass., 19 febbraio 1962, n. 331, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 631 ss..

¹⁸⁴ Così Cass., 14 luglio 1954, n. 2479, in *Mass. Giur. it.*, 1954, p. 556 ss..

¹⁸⁵ Tale locuzione è stata utilizzata, tra i primi, da: G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 223 ss.; V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., p. 458 ss.. Sul tema si rinvia anche a: F. DI MARZIO, *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 475 ss.; S. MONTICELLI, *La nullità parziale del codice civile e la nullità parziale necessaria di protezione*, 25

nullità parziale previsto dall'art. 1419 c.c.. Tale deroga è funzionale a garantire una più efficace tutela dei consumatori, dal momento che essa implica la possibilità di caducare la clausola vessatoria senza estendere la nullità da quella all'intero contratto.

Proprio la previsione del meccanismo dell'art. 1419 c.c. ha costituito, per lungo tempo, un'ostacolo all'esigenza di assicurare l'equilibrio del contratto quando esso sia minacciato dall'esercizio della posizione di forza che un contraente vanta nei confronti dell'altro. L'applicazione della regola ordinaria anche nell'ambito dei contratti simmetrici avrebbe frustrato l'interesse della parte debole, in quanto avrebbe finito per imporre l'estensione della nullità della clausola all'intero contratto, in danno del consumatore, il quale sarebbe stato privato della possibilità di conseguire e conservare il bene o il servizio avuto di mira.

Giova ricordare, brevemente, che l'art. 1419 c.c. sulla nullità parziale c.d. oggettiva, così come il connesso art. 1420 c.c. per la nullità parziale c.d. soggettiva¹⁸⁶, è espressione del principio di conservazione del contratto, cioè rappresenta l'esigenza di individuare un punto di equilibrio tra la negazione degli effetti del contratto nullo e la salvaguardia dell'autonomia privata¹⁸⁷.

In virtù del principio enunciato, il legislatore del 1942 ha sancito, esplicitamente, la regola della conservazione del contratto, rispetto alla quale la caducazione dell'intero regolamento rappresenta un'ipotesi del tutto eccezionale. Questa eventualità è subordinata alla dimostrazione, da parte di chi deduce la nullità totale, della essenzialità della clausola o parte viziata, ossia della interdipendenza del resto del contratto da quest'ultima. Con la precisazione che, ai sensi del secondo comma dell'art. 1419 c.c., il giudizio di essenzialità è precluso laddove, per la clausola nulla, sia previsto il meccanismo di sostituzione *ex lege* con la norma imperativa violata.

L'accertamento di questo nesso di interdipendenza tra la parte viziata e il tutto ha costituito, per lungo tempo, un elemento di discussione in dottrina. Il progressivo superamento della lettura soggettivistica della disposizione, basata sulla valutazione della potenziale volontà delle parti in relazione all'ipotesi in cui non fosse stata inserita nel contratto la clausola nulla¹⁸⁸,

novembre 2009, in www.associazionecivilisti.it.

¹⁸⁶ Cfr. M. RABITTI, *Nullità del contratto plurilaterale*, in *Commentario Del Codice Civile – Dei Contratti in Generale*, a cura di E. Navarretta e E. Orestano, vol. III, Torino, 2012, p. 589 ss..

¹⁸⁷ Per un'analisi della disposizione si rinvia, *ex multis*, a: G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959; V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. priv.*, 1971, I, p. 707 ss.; M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, cit.; M. TAMPONI, *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 (parte prima)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, I, p. 132 ss.; F. GALGANO, *Sub art. 1419 c.c.*, cit., p. 144 ss.; M. PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, cit., p. 250 ss.; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit.; S. POLIDORI, *Della nullità del contratto (artt. 1418-1424)*, in *Comm. Perlingieri*, IV, 1, 3^a ed., Napoli, 2010, p. 1022 ss.; M. RABITTI, *Sub art. 1419 c.c.*, in *Commentario Del Codice Civile – Dei Contratti in Generale*.

¹⁸⁸ La lettura in chiave volontaristica dell'istituto è stata sostenuta da larga parte della giurisprudenza: Cass., 12 maggio 1967, n. 986, in *Giust. civ.*, 1968, I, 926; Cass., 5 luglio 2000, n. 8970, in *Foro it.*, 2000, I, p. 2782; Cass., 5 maggio 2003, n. 67526, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 5. In dottrina, ci si è divisi in merito al criterio alla

ha indotto a preferire un'interpretazione affatto differente.

Coerentemente con il progressivo tramonto del dogma della volontà, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti si sono, oggi orientate, a favore di un criterio di accertamento di stampo oggettivistico, incentrato sul riscontro della perdurante utilità del contratto rispetto agli interessi perseguiti dai contraenti¹⁸⁹. La nullità totale, pertanto, è destinata a operare soltanto quando le altre pattuizioni non direttamente affette dal vizio non possano sopravvivere oggettivamente, in modo autonomo, nonostante la caducazione della clausola nulla, senza privare di senso e di utilità il complessivo assetto di interessi residuo.

Questa impostazione appare, peraltro, coerente – come visto - con la sentita esigenza di concepire rimedi di nullità in funzione non tanto o soltanto demolitoria, ma anche conformativa del regolamento negoziale, nell'ottica di conservare il più possibile i suoi effetti.

Ma anche letto in questi termini più oggettivistici, l'art. 1419 c.c. non appariva idoneo a tutelare efficacemente gli interessi della parte debole nell'ambito di un contratto asimmetrico. È chiaro, infatti, che, dal punto di vista del contraente professionista, la clausola vessatoria, assicurando un vantaggio, sarebbe sempre essenziale. Con la conseguenza che, in questa prospettiva, il contratto, all'esito del giudizio di essenzialità condotto con riguardo agli interessi di entrambe le parti, andrebbe sempre, necessariamente, incontro a nullità totale, in assoluto pregiudizio per il consumatore, stretto nell'alternativa tra subire la clausola vessatoria e rinunciare al bene o servizio di cui aveva bisogno. Oltretutto, se la nullità della clausola si comunicasse al resto del contratto, verrebbe frustrata la *ratio* stessa della nullità protettiva, in quanto, di fonte al rischio di una totale eliminazione dell'atto, la parte debole potrebbe essere indotta, addirittura, a non far valere il rimedio.

È stato giustamente osservato che *«che la disciplina della nullità parziale di cui al 1 comma dell'art. 1419 c.c. renderebbe un pessimo servizio alle tecniche di protezione; finendo (...) per imporre l'estensione del patto abusivo all'intero contratto, con il corollario della perdita dell'affare da parte del contraente che la norma intendeva proteggere. Contraente che certo non ha interesse a subire la pattuizione abusiva, ma che è ugualmente pregiudicato dal vedere sfumare l'affare che andava prospettandosi»*¹⁹⁰.

In questo senso, allora, la codificazione della diversa regola della parzialità necessaria, in

stregua del quale accertare la volontà dei contraenti. In particolare, hanno aderito al criterio della volontà ipotetica: G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, cit., p. 236; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 206 ss.. Mentre il criterio della volontà reale è stato sostenuto da: L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 365 ss..

¹⁸⁹ In giurisprudenza: Cass., 19 aprile 1982, n. 2411, in *Mass. Foro it.*, 1982; Cass., 30 maggio 1987, n. 4822, in *Giur. it.*, 1987, I, 2883; Cass. 1 marzo 1995, n. 2340, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2438; Cass., 5 luglio 2000, n. 8970, in *Corr. giur.*, 2001, 1499; Cass., 19 luglio 2002, n. 10536, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2858. In dottrina si rinvia a: A. DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 105 ss.; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. Roppo*, cit., p. 113 ss.; A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1560 ss..

¹⁹⁰ Così A. D'ADDA, *Invalidità dei patti abusivi, correzione legale del contratto e disciplina della nullità parziale*, cit., p. 490 ss..

deroga alla opposta regola della parzialità eventuale di cui all'art. 1419 c.c., consente di tutelare pienamente la parte debole. La declaratoria di nullità, difatti, lungi dall'operare in via eventuale, viene necessariamente circoscritta alla sola clausola iniqua, lasciando sopravvivere il resto del contratto, a prescindere da qualsiasi valutazione in ordine alla essenzialità della stessa.

Questo significa, ulteriormente, che la *ratio* sottesa a questo peculiare *modus operandi* della nullità non consiste, semplicemente, nella conservazione del contratto a tutela dell'autonomia privata; essa, piuttosto, va ravvisata nell'esigenza di assicurare il ripristino dell'equilibrio alterato dall'asimmetria contrattuale, a favore del contraente debole. Da qui, la peculiare funzione sostanzialmente protettiva della nullità parziale necessaria di cui all'art. 36 cod. cons..

Nell'ambito della contrattazione asimmetrica, dunque, il rimedio della nullità, lungi dall'esplicare solo un effetto caducatorio della clausola viziata, realizza il precipuo scopo di riequilibrare il contratto in funzione protettiva¹⁹¹. In tal modo, il regolamento contrattuale, pur non essendo più corrispondente, in modo puntuale, all'originario programma pattuito dalle parti, appare maggiormente proporzionato rispetto agli interessi di entrambe e può continuare a operare¹⁹².

Al carattere parziale degli effetti del rimedio si può affiancare poi, sempre in ottica di protezione, anche la relatività dello stesso, con la legittimazione ad agire riservata al solo consumatore, oltre al potere del giudice di rilevare d'ufficio quella nullità a vantaggio sempre di quest'ultimo¹⁹³.

¹⁹¹ A riguardo, è stato autorevolmente osservato (S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, in *Pers. e merc.*, 2012, 2, p. 106) che il *proprium* dell'art. 36 cod. cons. «sta tutto nel disapplicare, a mò di sanzione per il professionista, un test di essenzialità *in re ipsa* dell'una o dell'altra clausola predisposta, estremizzando la finalità conservativa di un art. 1419, c. 1 che, per il peso isomorfo ivi riconosciuto alla volontà di ambedue le parti, finirebbe ineluttabilmente per indurre il consumatore, onde evitare il prodursi di una nullità totale, a prestare “acquiescenza al contratto viziato”».

¹⁹² Cfr. A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, cit., p. 289 ss..

¹⁹³ Merita, sin d'ora, precisare che l'operare congiunto dei meccanismi di parzialità della nullità, di legittimazione relativa e di rilievo officioso della nullità è espressamente contemplato dalla fattispecie dell'art. 36 cod. cons., che, proprio per questo, assurge a paradigma delle nullità di protezione. Tale schema è replicato anche in altre disposizioni, come gli artt. 23 e 24 del T.U.F. e gli art. 67 *octiesdecies* e 143 cod. cons., in cui è prevista in modo esplicito la riserva ad agire a favore del contraente protetto. Ma è vero anche che, nella maggior parte delle ipotesi di nullità necessaria parziale, siffatta riserva ad agire non è disposta, avendo il legislatore ritenuto sufficiente, ai fini della protezione della parte debole, la sola riduzione del regolamento contrattuale depurato della clausola abusiva. Tale considerazione conferma, ulteriormente, come la necessaria parzialità sia il tratto forse più caratteristico della disciplina delle nullità di protezione, in quanto, di per sé, idoneo ad assicurare la protezione della parte debole, ripristinando la proporzione tra le prestazioni contrattuali, in linea, oltretutto, con l'impostazione prospettata dalla giurisprudenza europea (per la cui analisi si rinvia al primo capitolo del presente lavoro). Ma – come si vedrà nelle prossime pagine – se queste considerazioni appaiono ragionevoli nella maggior parte dei casi, esse impongono una riflessione ulteriore nei casi in cui il giudizio di vessatorietà colpisca non qualsiasi clausola contrattuale, bensì una pattuizione di carattere essenziale o principale per l'esecuzione del contratto. Con la conseguenza che, in queste ipotesi, non appare sempre sufficiente, ai fini del ripristino dell'equilibrio, eliminare la singola clausola, poiché il regolamento contrattuale, stavolta, non solo non risulterebbe conforme all'originario

In considerazione di quanto detto, si è, dunque, in presenza, indubbiamente, di una novità notevole nel panorama dei rimedi invalidanti, poiché si attribuisce al giudice un potere di graduazione degli effetti della pronuncia di nullità, vincolandolo, in determinati casi, a caducare solo e necessariamente il segmento contrattuale espressione dell'abuso della libertà negoziale da parte del contraente forte.

Resta da chiedersi se l'operatività parziale del rimedio sia, sempre e comunque, in grado di soddisfare efficacemente l'interesse del consumatore. Come accennato, ci pare che lo sia sicuramente se raffrontiamo questo strumento con la disciplina della nullità parziale eventuale di cui all'art. 1419 c.c.. E lo è anche nei casi in cui il giudizio di vessatorietà colpisca una clausola non essenziale del contratto, poiché il regolamento contrattuale, depurato da quella e riequilibrato, può certamente continuare a operare e realizzare l'utilità delle parti.

Ma la risposta al quesito appare meno scontata se ci si spinge oltre – come il presente lavoro intende fare – chiedendosi se limitare la nullità ad una parte soltanto del contratto realizzi il fine protettivo qualunque sia il tipo di clausola che viene in considerazione, oppure, se, per le clausole essenziali o principali del contratto, si richieda un *quid pluris*.

Questa analisi verrà sviluppata nel prosieguo del lavoro. Ma si può, sin da ora, rilevare, sulla base di quanto detto, che, sicuramente, questo rimedio realizza, secondo quanto previsto anche dal diritto europeo, l'esigenza di tutela della parte debole nella maggior parte dei casi. Tanto è vero che, già prima della codificazione dell'art. 36 cod. cons., il legislatore aveva già percepito, in altri settori, la portata protettiva di una nullità a parzialità necessaria.

A dir la verità, già il codice civile conteneva una rilevante ipotesi di nullità di questo genere. Il riferimento è, ovviamente, all'art. 1815, comma secondo, c.c., come modificato dalla legge n. 108/1996. Prima della riforma, la disposizione prevedeva la nullità della clausola di pattuizione di interessi usurari nel contratto di mutuo e la sua sostituzione con il tasso legale di interessi. Oggi, invece, si stabilisce che la pattuizione di interessi usurari comporta la radicale eliminazione della clausola, con la sopravvivenza del contratto convertito *ex lege* nel corrispondente titolo gratuito¹⁹⁴.

Il legislatore fissa una presunzione assoluta, in forza della quale la pattuizione di interessi superiori alla soglia legale è ritenuta, oggettivamente, sproporzionata, rende, cioè, squilibrato lo scambio tra le prestazioni, come riflesso della sussistenza di una asimmetria informativo-

programma, ma non potrebbe neanche continuare a operare.

¹⁹⁴ Per un'analisi della disciplina dell'usura pre e post riforma, si vedano, in particolare: E. QUADRI, *La nuova legge sull'usura: profili civilistici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, I, p. 69 ss.; G. OPPO, *Lo "squilibrio" contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 543 ss.; G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, in *Squilibrio e usura nei contratti* (a cura di G. Vettori), Padova, 2002, p. 8 ss.; G. PASSAGNOLI, *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale e interpretazione "autentica"*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., p. 60 ss., il quale definisce la nullità *ex art.* 1815, comma secondo, c.c. come necessariamente parziale e relativa.

economica dei contraenti. La reazione all'abuso della posizione di forza da parte del creditore consiste, anche in questo caso, nella nullità, oltre che nella sanzione penale *ex art. 644 c.p.*. Tale nullità si atteggia come una testuale e a carattere necessariamente parziale, proprio come la nullità di protezione *ex art. 36 cod. cons.*. A essere colpito da nullità non è l'intero contratto di mutuo, ma solo la clausola che prevede gli interessi usurari e quella patologia non è suscettibile di estendersi all'intero contratto, nonostante si tratti, indubbiamente, di una clausola senza la quale le parti non avrebbero stipulato quel negozio.

La disposizione in esame rappresenta, evidentemente, una deroga eccezionale al regime della nullità parziale di cui all'*art. 1419 c.c.*, che risponde proprio all'esigenza di assicurare il *favor debitoris*, ossia di tutelare la parte debole del rapporto obbligatorio¹⁹⁵.

La *ratio* di questa deroga emerge, peraltro, dalla stessa Relazione al codice civile, in cui si legge che se la nullità della clausola usuraria si propagasse all'intero contratto, coerentemente con il rispetto del carattere essenziale della stessa, secondo la volontà delle parti, quella caducazione totale farebbe sorgere l'obbligazione resitutiva in capo al debitore, il quale si troverebbe, così, in una posizione peggiore di quella in cui già si trovava per effetto della presenza della clausola usuraria.

Si osserva, in aggiunta, che non solo la nullità *ex art. 1815*, comma secondo, c.c. opera in modo necessariamente parziale, ma anche che, a seguito della riforma, non scatta più il meccanismo di sostituzione automatica della norma imperativa violata. La disposizione non prevede più, infatti, che il debitore resti vincolato a corrispondere gli interessi nella misura legale, ma si limita a stabilire che non sono dovuti interessi, potendo il debitore fruire gratuitamente del denaro ricevuto in prestito in danno del creditore, il quale perde il suo diritto agli interessi. Si tratta, indubbiamente, di una deroga al principio della naturale fecondità del denaro, che trova, però, giustificazione nella duplice esigenza, da un lato, di proteggere il debitore in modo efficace, dall'altro, di sanzionare il creditore che ha abusato della libertà contrattuale. L'effetto di arricchimento a favore del debitore, che discende dal meccanismo della nullità parziale necessaria, quindi, non costituisce un arricchimento ingiustificato, bensì realizza, in uno alla funzione protettiva, anche una funzione sanzionatorio-deterrente nei confronti del creditore, in coerenza con la logica sottesa pure alla

¹⁹⁵ Sul tema si richiamano gli studi di G. PASSAGNOLI, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, Padova, 2005, p. 29 ss., il quale precisa che la nullità del contratto usurario, pur presentando, in astratto, un connotato di specialità concretantesi nel meccanismo della necessaria parzialità della stessa, cionondimeno, costituisce una nullità assoluta sotto il profilo della legittimazione a far valere il rimedio, come conferma il riconoscimento, in sede giurisprudenziale, del potere del giudice di rilevare d'ufficio quella nullità (sul punto si veda, tra le altre, Cass., 17 novembre 2000, n. 14899, in *Contr.*, 2001, p. 151 ss.). Questa considerazione troverebbe giustificazione nella natura composita degli interessi tutelati, poiché, accanto alla protezione del debitore, si pone il più generale interesse alla salvaguardia di condizioni idonee ad assicurare la funzionalità e la correttezza dell'esercizio dell'attività creditizia. Nella stessa linea di pensiero si vedano anche: S. POLIDORI, *Disciplina della nullità e interessi protetti*, cit., p. 114 ss.; S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, cit., p. 685 ss..

norma penale sull'usura¹⁹⁶.

Si osserva, ulteriormente, che la conservazione del contratto depurato dalla sola clausola disapprovata è consentita anche da altre disposizioni codicistiche.

Si pensi, innanzitutto, all'art. 1354, comma secondo, c.c., che considera come non apposta la condizione risolutiva impossibile: la condizione, essendo nulla, in quanto impossibile, viene espunta dal contratto che rimane perfettamente valido ed efficace.

Lo stesso meccanismo conservativo si riscontra, in secondo luogo, nell'art. 795 c.c., dove si circoscrive la nullità alla sola clausola che viola il divieto di disporre sostituzioni nelle donazioni oltre i limiti consentiti, senza che ciò travolga l'intera donazione.

In questi due esempi, evidentemente, la tecnica della nullità parziale necessaria non risponde, propriamente, a una esigenza di tutela della parte debole, ma è, comunque, diretta alla realizzazione di interessi di carattere generale, il cui perseguimento giustifica che il rimedio operi in modo parziale, in deroga alla regola ordinaria.

Al di là di questi casi, è, certo, nelle fattispecie in funzione intrinsecamente protettiva che la tecnica della parziarietà esplica tutta la sua portata, nell'ottica di garantire l'equilibrio contrattuale¹⁹⁷.

A riguardo, una tutela effettiva a favore della parte strutturalmente debole, analoga ai contratti dei consumatori, viene garantita da quelle ipotesi di nullità parziale necessaria che si riscontrano nella legislazione speciale. Prima ancora dell'art. 36 cod. cons., infatti, il legislatore aveva previsto un'analoga tecnica di graduazione degli effetti della nullità tanto in materia lavoristica, quanto in materia di contratti di intermediazione finanziaria.

Con riferimento alla prima ipotesi, gli artt. 1-3 del d.lgs. 238/2001 contemplano la nullità della pattuizione del termine di durata del contratto in mancanza dei presupposti legittimanti la stessa: la sanzione invalidante opera come necessariamente parziale, cioè colpisce solo quella pattuizione illegittima, lasciando in piedi il contratto di lavoro nel suo complesso, che, anzi, si trasforma in rapporto di lavoro a tempo indeterminato¹⁹⁸.

¹⁹⁶ In dottrina, vi è poi chi ritiene di ravvisare l'obiettivo primario dell'art. 1815, comma secondo, c.c. non tanto nella protezione del debitore, quanto, piuttosto, in una vera e propria sanzione per il creditore, in nome di più ampie ragioni di difesa dell'ordine pubblico (A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1541 ss.). In posizione opposta, A. ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, cit., p. 399 ss..

¹⁹⁷ Peraltro, dottrina e giurisprudenza tendono a ritenere operante il meccanismo della nullità necessariamente parziale anche in altre fattispecie codicistiche, pur non essendo previsto espressamente dal legislatore, in funzione della protezione di una delle parti. Si ritiene che sia necessariamente parziale, a titolo esemplificativo, la nullità delle clausole vessatorie di cui all'art. 1341 c.c., la nullità del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c., la nullità che colpisce la clausola dello *star del credere* accessoria al contratto di garanzia di cui all'art. 1746, comma terzo, c.c.. Per un commento su queste disposizioni si vedano: A. GENOVESE, voce *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 805 ss.; U. CARNEVALI, voce *Patto commissorio*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982, p. 500 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 125 ss.; E.M. TRIPODI, *Star del credere e contratto di agenzia*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 435 ss..

¹⁹⁸ Sul tema si rinvia a: A. ALBANESE, *Disciplina generale e discipline speciali delle invalidità del contratto di lavoro*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 398; F. LUNARDON, *Le nullità nel diritto del lavoro*, in A.

In materia di contratti di intermediazione finanziaria, d'altro canto, il titolo VI del d.lgs. n. 385/1993 (c.d. T.U.B.) individua ben cinque fattispecie in cui la comminatoria di nullità è limitata a specifiche clausole. In particolare, l'art. 117, comma sesto, dispone che si considerano come non apposte le clausole di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati, nonché di quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti rispetto a quelli pubblicizzati. L'art. 117 *bis*, comma terzo, prevede che, in presenza di clausole di remunerazione degli affidamenti o degli sconfinamenti che prevedono oneri diversi o non conformi a legge, la nullità della clausola non comporta al nullità del contratto. In termini non dissimili, l'art. 120 *ter* sancisce la nullità del patto o della clausola relativa all'estinzione anticipata o parziale dei mutui immobiliari, se prevede pagamenti o altre prestazioni a favore del soggetto mutante, fermo restando che ciò non comporta la nullità dell'intero contratto. Il successivo art. 130 *quater*, a sua volta, prevede la nullità dei patti che ostacolano per il debitore persona fisica o microimpresa l'esercizio delle facoltà di surrogazione, precisando che siffatta nullità non comporta nullità del contratto. Infine, l'art. 125 *bis*, comma sesto, dispone che sono nulle le clausole relative a costi non inclusi nel TAEG e che ciò non comporta la nullità dell'intero contratto.

In tutte le fattispecie brevemente passate in rassegna, emerge, in modo chiaro, come il legislatore persegua la finalità di protezione del cliente di servizi bancari attraverso tecniche che mantengono in vita il contratto, ove possibile, poiché questa soluzione realizza il tendenziale interesse di quella parte. Anzi, nella materia dei contratti di intermediazione finanziaria, differentemente dal contratto usurario, è possibile apprezzare proprio quell'asimmetria di posizioni fra i contraenti che conduce ad avvicinare tali fattispecie alla nullità di protezione in senso proprio¹⁹⁹.

In aggiunta, si osserva che poiché, oggi, la tecnica della nullità parziale necessaria in funzione protettiva ha trovato un esplicito riconoscimento di portata più generale proprio nell'art. 36 cod. cons., si rafforza l'orientamento di quanti ravvisano in questa disposizione una norma sì speciale, rispetto al paradigma classico di nullità, ma, proprio in quanto tale, suscettibile di essere estesa, in via analogica, a fattispecie simili. In questo senso, l'art. 36 cod. cons., con la sua significativa rubrica "Nullità di protezione", esprime una *ratio* protettiva, idonea a valere in tutti quei casi in cui si pone l'esigenza di limitare la portata della

BELLAVISTA-A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, p. 248 ss..

¹⁹⁹ In tema, si citano: M. GIROLAMI, *Le nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)*, cit., p. 175 ss.; L. DE ANGELIS, *Commento all'art. 117*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, III, Padova, 2012, p. 1695 ss.; A. MIRONE, *Commento all'art. 117 bis*, in *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Costa, II, Torino, 2013, p. 1337 ss.; V. LEMMA, *Commento all'art. 120 ter*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, III, Padova, 2012, p. 1777 ss.; M. MAUGERI, *Commento all'art. 125 bis*, in *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Costa, II, Torino, 2013, p. 1452 ss..

declaratoria di nullità alla singola clausola o parte iniqua del contratto, in funzione di riequilibrio delle posizioni contrattuali. Pertanto, il carattere di necessaria parzialità della nullità ricorrerebbe anche in tutte quelle ipotesi in cui non sia stato espressamente previsto.

In particolare, in alcuni casi, è lo stesso legislatore a prevedere che il contratto rimanga valido per il resto, a seguito dell'eliminazione della clausola invalida. Mentre, in altri casi, la clausola nulla è considerata come non apposta, ma la disposizione stabilisce quali condizioni devono regolare il rapporto, lasciando intendere, implicitamente, che il contratto sopravviva. Qui la tecnica della parzialità, pur senza essere accompagnata dalla espressa previsione di salvezza del resto del contratto, può trovare applicazione in via analogica.

Si pensi, in primo luogo, alle clausole di esonero da responsabilità di cui agli artt. 78, comma primo, e 124 cod. cons. o di cui all'art. 44 del d.lgs. n. 79/2011, recante il codice del turismo. Lo stesso è a dirsi per i patti derogatori della disciplina locatizia a svantaggio del consumatore, di cui agli artt. 7 e 79 della legge n. 393/1979 e all'art. 13, comma quarto, della legge n. 431/1998.

In tutte queste fattispecie, emerge la chiara esigenza di assicurare la protezione alla parte debole del contratto, sia esso un consumatore, un turista o un conduttore di immobile. Benché per tali ipotesi il legislatore non abbia accompagnato la nullità parziale con la previsione della possibilità di salvezza del regolamento, si deve ritenere che questa sia implicita nella stessa *ratio* protettiva delle disposizioni.

Non a caso, parte della dottrina evidenzia come il carattere latamente asimmetrico delle fattispecie contrattuali esaminate consentirebbe di ricondurle tutte a un unico e onnicomprensivo paradigma generale, quello, appunto, dei contratti tra parti in posizione di forza differenziata, in cui si pone il problema di garantire adeguata tutela al contraente debole, a fronte di comportamenti abusivi della controparte in posizione di forza²⁰⁰.

²⁰⁰ La possibilità di ravvisare nella contrattazione asimmetrica un *genus* entro cui ricondurre varie fattispecie contrattuali tra parti in posizione di forza diversa sembra trovare autorevole sostegno in dottrina. È stato osservato che il paradigma contrattuale del consumatore tende, oggi, a espandersi dalla sua originaria *sedes materiae* per ricomprendere anche contratti che non hanno quella caratterizzazione soggettiva perché prescindono dalle qualità socio-economiche dei contraenti, benché siano, comunque, connotati da una diversità di potere contrattuale. In effetti, l'asimmetria di potere contrattuale non caratterizza soltanto le relazioni tra soggetti qualificabili come consumatori e professionisti, ma si riproduce anche in una serie ulteriore di rapporti in cui si contrappongono una parte dotata di un superiore potere contrattuale e una parte in posizione di maggior debolezza. Si pensi, appunto, ai rapporti tra banche e clienti, tra intermediari finanziari e investitori, tra subfornitori e committenti, tra agenti e preponenti, tra locatori e conduttori. Parte della dottrina, inoltre, ritiene che problemi di asimmetria si pongono anche quando il contraente da tutelare sia un professionista dotato di minor forza economica rispetto alla controparte, come può accadere nella subfornitura o nella disciplina su divieto di abuso di dipendenza economica. Non a caso, proprio con riguardo a queste ultime fattispecie, taluni autori fanno riferimento alla figura del c.d. terzo contratto, cioè di un contratto dell'impresa debole, che si affiancherebbe al contratto tra parti eguali e al contratto del consumatore (in questi termini: R. PARDOLESI, *Prefazione* a G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, XIII; G. GITTI e G. VILLA, a cura di, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008; R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili e prospettive assiologiche*, Padova, 2010). Ma a ben guardare, ragionando sul concetto di asimmetria contrattuale, anziché sulla qualificazione soggettiva dei

In considerazione di tutto ciò, allora, affinché la nullità della clausola consenta di ripristinare l'equilibrio contrattuale, si deve ammettere, secondo la logica dell'art. 36 cod. cons., che, anche in quei casi, il regolamento rimanga in piedi nel suo complesso, così da evitare che la parte debole perda del tutto la prestazione a cui aveva interesse²⁰¹.

Tale impostazione consentirebbe, così, di evitare che, nelle ipotesi in cui non sia disposto nulla in ordine alla conservazione del vincolo contrattuale, possa tornare a operare la regola generale dell'art. 1419, comma primo, c.c., col rischio di rendere sostanzialmente ineffettiva la tutela del contraente debole.

Con particolare riguardo al giudizio di nullità, peraltro, è la stessa giurisprudenza europea a confermare le peculiarità del meccanismo di funzionamento delle nullità di protezione. Difatti, si afferma che il raffronto tra la nullità della singola clausola e il mantenimento della restante parte del contratto non deve essere operato avendo come esclusivo termine di comparazione l'interesse del consumatore; bensì deve essere condotto sulla base di criteri oggettivi idonei ad assicurare la conservazione del contratto, circoscrivendo a casi del tutto eccezionali la sua totale eliminazione²⁰².

In conclusione, le considerazioni sinora svolte consentono di confermare che, mentre la nullità parziale eventuale *ex art. 1419 c.c.* esprime l'esigenza di assicurare la conservazione del contratto a tutela dell'interesse generale al rispetto del potere di autoregolamentazione dei privati; la nullità parziale necessaria *ex art. 36 cod. cons.* è diretta, piuttosto, a garantire il mantenimento del vincolo contrattuale al fine di proteggere il contraente debole. In quest'ultimo caso, il principio di conservazione viene, dunque, conformato, nella logica

contraenti, si potrebbe ridurre il novero dei possibili schemi contrattuali a due soltanto: il contratto tra parti eguali, disciplinato dal codice civile, e il contratto asimmetrico. In dottrina, si rinvia a: A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico* (voce), in *Enc. del dir.*, Annali, V, Milano, 2012, p. 370 ss.; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 4, p. 786 ss., il quale osserva che questa tendenza espansiva del nuovo paradigma contrattuale asimmetrico trova conferma anche nel diritto europeo. Invero, tanto i Principi *Unidroit* quanto i Principi Lando «non si applicano ai soli contratti tra consumatori e professionisti, ma hanno un raggio di incidenza più generale che li porta a coprire tutti i contratti, a prescindere dagli specifici status socio-economici delle parti. Non sono, dunque, questi *status* a rilevare formalmente per l'applicazione delle norme sul “significativo squilibrio”, bensì la circostanza che fra le parti corra un'asimmetria di potere contrattuale, evidenziata dall'assenza di trattativa sulla clausola, che una parte ha comunque la forza di imporre unilateralmente».

²⁰¹ Il ricorso alla analogia, sull'assunto del carattere speciale delle nuove nullità di protezione è prospettato da G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 200 ss.. Sul punto si rinvia anche alle considerazioni di A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e interessi protetti*, cit., p. 294 ss., la quale osserva, in senso parzialmente difforme, che l'impossibilità di individuare una *ratio* assolutamente unitaria alla base di queste norme protettive impedirebbe il ricorso all'analogia. Pertanto, è compito dell'interprete individuare la *ratio* della singola disposizione, sì da adattare la nullità alle caratteristiche del caso concreto, garantendone il corretto funzionamento. Della stessa Autrice si veda anche: ID., *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento delle transazioni commerciali*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 136. Sul tema, si richiamano anche: G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 849 ss.; V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., p. 685 ss..

²⁰² In tal senso: Corte di Giustizia, 15 marzo 2012, causa C-453/2010, *Periniková*, cit., Corte di Giustizia, 30 maggio 2013, causa C-397/2011, *Jörös*, cit..

protettiva, prospettandosi «come relativo non al voluto o all'effetto negoziale, ma al risultato da raggiungere, al valore da realizzare»²⁰³.

5. Parzialità del rimedio e integrazione del contratto.

Dall'analisi finora svolta, si è potuto osservare che il rimedio tradizionale della nullità può essere piegato e applicato per rispondere a nuove esigenze economico-sociali, come quella di garantire una tutela effettiva al consumatore, nella convinzione che solo un contratto rispettoso dell'interesse generale alla concorrenza possa proteggere anche i contraenti più deboli.

Da qui, il nuovo concetto di nullità di protezione come rimedio di regolamento che opera attraverso la caducazione delle singole clausole abusive.

Se, dunque, per i motivi esposti, la nullità di protezione è necessariamente parziale e lascia sopravvivere la restante parte del regolamento contrattuale, significa che questo continua a vincolare le parti.

Ma anche tale esito del giudizio di vessatorietà, a ben guardare, non pone sempre al riparo da rischi e problemi operativi nella prospettiva della parte debole.

Il problema si pone – come si è già più volte rilevato – poiché né l'art. 6 della Direttiva, né l'art. 36 cod. cons. prevedono questa eventualità e, quindi, non forniscono alcuna indicazione utile su come colmare la lacuna sopravvenuta quando la necessaria parzialità della nullità non sia sufficiente a soddisfare efficacemente la finalità protettiva che le è propria.

A riguardo, viene in considerazione il problema del rapporto tra nullità di protezione e integrazione del contratto, cioè tra un tema relativamente nuovo e il tradizionale problema dell'integrazione contrattuale, il quale, da sempre, occupa gli studi della dottrina e i casi della giurisprudenza²⁰⁴. Si tratta di indagare come questo tema tradizionale dell'intervento sulla lacuna contrattuale si intersechi con le peculiarità proprie delle nullità protettive, in

²⁰³ Così P. PERLINGIERI, *Riflessioni sul diritto contrattuale europeo tra fonti e tecniche legislative*, in ID., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, p. 487.

²⁰⁴ Sull'argomento si rinvia, tra i numerosi contributi, a: S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit.; A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974; M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadr.*, 1988, p. 540 ss.; M. FRANZONI, sub art. 1374, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto e suoi effetti reali e obbligatori*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, p. 3 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in E. Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, in *Tratt. contr.*, Rescigno, tomo II, Torino, 1999, p. 1033 ss.; E. CAPOBIANCO, *L'integrazione*, in *Tratt. del contratto*, diretto da V. Roppo, II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, p. 389 ss.; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 233 ss..

considerazione della prospettiva conformativa in cui queste ultime operano²⁰⁵.

Sciogliere questo nodo interpretativo-applicativo ci sembra di particolare importanza, in quanto la conservazione del contratto in funzione protettiva, assicurata dal meccanismo della nullità parziale necessaria, finirebbe per essere frustrata dalla possibilità che la lacuna contrattuale impedisca o renda problematico il funzionamento del contratto²⁰⁶.

Si ricorda, innanzitutto, che l'analisi di questo tema è resa particolarmente complessa anche dalla difformità di vedute tra molti degli ordinamenti nazionali, compreso quello italiano, e l'impostazione prospettata dalla giurisprudenza europea²⁰⁷.

Come già evidenziato nel primo capitolo, l'unico rimedio contro le clausole abusive, secondo la Corte di Giustizia, sarebbe la mera caducazione delle stesse, nella convinzione che questa sia strumento idoneo, di per sé, a ripristinare l'equilibrio alterato. I giudici europei guardano con sfavore a qualsiasi forma di intervento del giudice diverso dalla disapplicazione di clausole contrattuali, mostrando di preferire l'esito della nullità totale del contratto, piuttosto che ammettere un'attività integrativa o correttiva di carattere giudiziale. Tanto sull'assunto che la tutela riservata al consumatore sarebbe molto più debole se il professionista potesse confidare su siffatto intervento del giudice sul contratto, ritenuto capace di smorzare l'effetto dissuasivo connesso alla disapplicazione della clausola abusiva.

La maggior parte degli ordinamenti nazionali, invece, compreso il nostro - come si vedrà meglio - non guarda con analogo sospetto a forme di intervento integrativo o correttivo sul regolamento.

Da qui, si ritiene discenda l'esigenza di trovare un soddisfacente punto di equilibrio tra le due impostazioni in contrasto tra loro, senza escludere, pregiudizialmente, la possibilità di salvare il contratto mediante un intervento di "ristrutturazione"²⁰⁸.

Nell'impostare correttamente lo studio del tema e prima di analizzare i possibili strumenti di modificazione, giova soffermarsi sul più generale meccanismo di integrazione dei contratti.

²⁰⁵ Osserva A. FICI, *Sub art. 36 cod. cons.*, in *Comm. al codice civile*, cit., p. 868 che, stante l'intimo legame tra nullità di protezione e integrazione del contratto, avvicinati dalla comune finalità di conformare il regolamento nell'interesse della parte protetta, «ad una nullità "conformativa" fa dunque seguito una integrazione "conformativa"».

²⁰⁶ Queste criticità sono state messe ben in evidenza, tra gli altri, da: S. MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, cit., p. 47-48, il quale osserva come questo «inconveniente, che sul piano teorico può rendere inoperante la nullità, avrebbe dovuto essere eliminato semmai tramite la espressa indicazione delle fonti alle quali attingere per integrare la lacuna»; E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli e E. Minervini, Torino, 2005, p. 572, il quale pure evidenzia la mancanza del legislatore, che non si è occupato di disciplinare il profilo delle conseguenze della caducazione della clausola abusiva. Il rischio, secondo questo Autore, è che si realizzi una sostanziale vanificazione della sanzione della nullità «poiché il consumatore, posto di fronte all'alternativa tra un contratto con clausole vessatorie e nessun contratto, sarà con ogni probabilità indotto a preferire la prima ipotesi».

²⁰⁷ Cfr. Corte Giustizia, 14 giugno 2012, causa C-618/2010, *Banco Español*, cit.; Corte di Giustizia, 30 maggio 2013, causa C-488/2011 *Asbeek Brusse*, cit.

²⁰⁸ In questo ordine di idee G. SPOTO, *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e della Corte di Giustizia*, cit., p. 267-268.

La premessa da cui muovere si ritiene debba essere l'esclusione, dall'area di soluzione del presente problema, dell'art. 1419, comma secondo, c.c., la cui operatività sembra preclusa quando, come spesso avviene, l'abusività non discende dalla violazione di una norma imperativa di legge.

Nell'ambito dei contratti asimmetrici, invero, non solo la nullità parziale codicistica, di cui al primo comma del medesimo articolo, non è sempre in grado di assicurare la conservazione del contratto in funzione protettiva. Ma nemmeno il meccanismo sostitutivo di cui al secondo comma offre un valido aiuto all'interprete.

Difatti, è vero che l'art. 1419, comma secondo, c.c. prospetta una possibile deroga al criterio di estensione della nullità di cui al primo comma, ma è altrettanto vero che, per poter operare, quella disposizione presuppone la sussistenza di norme imperative in grado di sostituire la porzione contrattuale dichiarata nulla. E qui si annida il principale problema, poiché, di solito, la tutela del consumatore è affidata a regole a carattere dispositivo, non imperativo; e tali regole, per definizione, sono derogabili dall'autonomia privata. Con la conseguenza che, di fronte alla lacuna, l'interprete si trova nell'impossibilità tecnica di invocare la disposizione in commento²⁰⁹.

Per comprendere siffatte affermazioni, è opportuno analizzare *funditus* l'art. 1419, comma secondo c.c., sì da spiegare come mai la sua applicazione vada esclusa rispetto al tema delle clausole abusive.

La disposizione in commento si distingue da quella del primo comma, innanzitutto, per il diverso principio che la giustifica. Essa costituisce sempre un temperamento al rischio di estensione della nullità parziale all'intero contratto, non tanto in nome della tutela dell'autonomia privata, quanto, piuttosto, «in nome del primato della legge sulla volontà dei privati»²¹⁰. Difatti, l'esigenza di assicurare la realizzazione dell'interesse generale sotteso alla nullità giustifica la compressione dell'autonomia privata, al fine di consentire la conservazione del contratto tramite la sostituzione della norma imperativa violata dalle parti. Quella norma imperativa indebitamente derogata dalla clausola (nulla) torna, così, a riespandersi e a trovare applicazione.

Il meccanismo sostitutivo prefigurato, pertanto, realizza sì la finalità di garantire la conservazione del contratto anche in ipotesi di caducazione di una porzione reputata

²⁰⁹ Si rinvia a: G. PASSAGNOLI, *Commento all'art. 1469 quinquies, comma 1, 3 e 5*, cit., p. 163, il quale richiama l'attenzione sulla posizione di una parte della dottrina, la quale, addirittura, nega che il meccanismo sostitutivo di cui all'art. 1419, secondo comma, c.c. costituisca un profilo di disciplina della nullità parziale, considerandolo, piuttosto, uno strumento «del tutto al di fuori del fenomeno della nullità» (il virgolettato è di M. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 157); G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'Amico, S. Pagliantini, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Torino, 2013, p. 213 ss..

²¹⁰ M. RABITTI, *Sub art. 1419 c.c., Commentario al codice civile*, cit., p. 598; R. TOMMASINI, *Nullità*, cit., p. 907 ss.; A. DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 107 ss..

essenziale, ma la lacuna viene colmata in modo automatico da una norma imperativa che prevale sulla volontà negoziale delle parti, ove questo sia, naturalmente, possibile.

Si tratta del ben noto fenomeno della integrazione c.d. cogente, in quanto, appunto, connessa alla sussistenza di norme imperative.

Astrattamente, l'integrazione cogente può assumere due forme²¹¹.

Essa ha carattere legale quando la norma imperativa trova automatica applicazione all'interno del contratto, in quanto i contraenti hanno omesso di dettare una diversa regola convenzionale. In tal caso, l'inserzione automatica di quella norma si realizza secondo il meccanismo di cui all'art. 1339 c.c., con cui il legislatore disciplina, in via generale, la sostituzione *ex lege* di clausole: la presente disposizione garantisce, infatti, l'innesto della norma imperativa ogniqualvolta le parti abbiano violato la disciplina legale in tema di prezzi di beni o servizi ovvero non abbiano disposto alcunché. Se ne deduce, quindi, che la sostituzione automatica di clausole *ex art. 1339 c.c.* debba operare, in via generale, in tutti i casi in cui sussista una norma imperativa, ma le parti abbiano pattuito una clausola in violazione di questa²¹².

²¹¹ Si rinvia a G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., p. 219 ss.. Giova, peraltro, ricordare che parte della dottrina (cfr. F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. e impr.*, 2006, 3, p. 677 ss.) ritiene che il meccanismo della inserzione automatica di clausole e quello della sostituzione della clausola nulla con la norma imperativa violata di cui all'art. 1339 c.c. vada tenuto distinto dal fenomeno della integrazione della legge nel contratto di cui all'art. 1374 c.c.. Pertanto, la funzione dell'art. 1374 c.c., che fa riferimento alla sola integrazione, sarebbe quella di consentire il completamento di un contratto che risulta carente e incompleto per funzionare. Mentre, la funzione dell'art. 1339 c.c., facendo riferimento alla inserzione e alla sostituzione, è quella di limitare la piena estrinsecazione della libertà contrattuale, dovendo il contratto conformarsi a interessi eteronomi e superiori. Questa impostazione non è, invece, condivisa dalla dottrina maggioritaria, secondo la quale l'integrazione contrattuale sarebbe un fenomeno idoneo a colmare tanto le lacune originarie, quanto le lacune sopravvenute, come quella derivante dalla caducazione della clausola abusiva, senza che possa assumere rilievo decisivo la diversa *sedes materiae* dei due fenomeni. In tal senso: A. FEDERICO, *Nuove nullità e integrazione del contratto*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011, p. 338-339; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 53 ss.; V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, cit., p. 709 ss..

²¹² A riguardo, si può osservare che l'art. 1339 c.c. detta, senz'altro, una regola di carattere più ampio rispetto al meccanismo di cui all'art. 1419, comma secondo, c.c., il cui ambito di operatività è limitato ai casi in cui il contrasto di una clausola contrattuale con una norma imperativa sia sanzionato specificamente con la nullità. Si deve ritenere ormai superata quella dottrina che negava all'art. 1419, secondo comma, c.c. un valore normativo autonomo e ulteriore rispetto all'art. 1339 c.c., assegnando al primo una funzione di mera conferma della regola di cui al secondo articolo (in quel senso I. BOLOGNA, *Considerazioni sulla nullità parziale dei negozi giuridici*, in *Giur. compl. Cass.*, 1951, III, p. 1115 ss., E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971, p. 127 ss.). Si ritiene, invece, ormai consolidato l'orientamento secondo cui, nello sforzo dell'interprete di riconoscere un qualche significato autonomo alle disposizioni, quelle in esame andrebbero lette, alla luce di una interpretazione sistematica, come in rapporto di complementarietà. In forza di questa impostazione, l'art. 1339 c.c. assolverebbe una funzione propriamente sostitutiva, mentre l'art. 1419, comma secondo, c.c. esprimerebbe quella deroga alla regola generale della nullità parziale del primo comma necessaria a evitare il rischio della caducazione totale del contratto, ove una clausola essenziale violasse una norma imperativa. In tal senso: A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento contrattuale*, cit., p. 175 ss.; D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità parziale*, cit., p. 123 ss.; I. PRISCO, *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, cit., p. 216 ss.. In giurisprudenza questa tesi è stata sostenuta da: Cass., 25 agosto 1989, n. 3780, in *Mass. Giust. civ.*, 1989, 8-9, p. 23 ss.; Cass., 22 maggio 2001, n. 6956, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 454 ss.; Cass., 8 marzo 2002, n. 3431, in *Arch. civ.*, 2003, p. 80 ss..

Ma l'integrazione cogente opera anche quando il regolamento convenzionale formulato dalle parti contrasti con la disciplina legale e sia, quindi, nullo in qualche sua parte. In questo caso, la lacuna contrattuale derivante dalla caducazione della porzione nulla viene colmata mediante la regola legale indebitamente violata, sempre che si tratti di norma a carattere conformativo, cioè recante l'indicazione di un contenuto al quale il contratto si doveva conformare²¹³.

È quest'ultimo, evidentemente, il caso che, qui, ci occupa.

Un'altra considerazione di ordine generale è, a questo punto, opportuna. La previsione di meccanismi sostitutivi di clausole contrattuali è sempre stata vista con diffidenza, se non con sfavore, dalla dottrina più risalente, già all'indomani dell'entrata in vigore del codice del 1942, per il rilevante impatto degli stessi sull'esercizio dell'autonomia negoziale dei privati.

In linea con la concezione liberista dell'autonomia negoziale, gli interpreti, per lungo tempo, hanno prospettato una lettura riduttiva delle disposizioni in esame, mettendone in luce le criticità, anche rispetto al dettato dell'art. 41 Cost., tanto da considerarle espressive di un limite eccezionale alla libera esplicazione di quella autonomia²¹⁴.

In effetti, il fenomeno sostitutivo apre l'importante, e quanto mai attuale, tema dei rapporti tra libertà contrattuale e forme di intervento eteronomo sul contratto, *sub specie* di integrazione cogente; ciò nella consapevolezza che il regolamento pattizio, oggi, lungi dall'essere espressione, unicamente, di fonti autonome, nasce da una commistione tra queste e fonti a carattere eteronomo. La questione verrà ripresa più avanti nel trattare dell'ancora più delicato problema di possibili forme di integrazione giudiziale del contratto. Ma preme, sin da ora, sottolineare come il tema sia più risalente e profondo, toccando i dogmi fondamentali del diritto dei contratti, anche di quello classico.

Naturalmente, oggi, il fenomeno dell'integrazione contrattuale deve essere riletto alla luce

²¹³ Questo aspetto è sottolineato da G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., p. 217 ss. e da V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 472 ss., i quali ritengono che l'integrazione cogente presupponga l'esistenza non di qualunque norma imperativa, ma solo di quella con funzione "conformativa" del contratto. Tale funzione conformativa, peraltro, può esplicarsi in forma diretta quando la norma imperativa che si riepande conforma il regolamento contrattuale attraverso una modifica della clausola nulla proprio nei suoi contenuti. In alternativa, la funzione conformativa opera in modo indiretto quando la norma imperativa non prevede un contenuto alternativo, limitandosi a restituire «spazio al regime legale che le parti avrebbero voluto disattendere». Dalle norme imperative con funzione imperativa vengono distinte quelle aventi, invece, una funzione meramente proibitiva: la violazione di queste, tuttavia, importa caducazione del contratto, senza porre, quindi, alcun problema di integrazione.

²¹⁴ In questa prospettiva: G. STOLFI, *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, in *Giur. it.*, 1948, IV, p. 41 ss.; D. RUBINO, *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e credito*, 1948, p. 530 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 87 ss.; G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, cit., p. 224 ss.. Larga parte della dottrina vedeva nell'art. 1339 c.c., in particolare, una profonda deroga al principio dell'autonomia contrattuale, tanto da ritenere che, per effetto della sostituzione, esso «degrada a mera realtà di fatto, cui l'ordinamento fa parziale riferimento, senza tener conto della sua natura contrattuale» (così G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 338). In giurisprudenza: Cass., 12 luglio 1965, n. 1464, in *Giur. it.*, 1966, I, 1, p. 1154 ss.; Cass., 11 giugno 1979, n. 3551, in *Mass. Giur. it.*, 1979; Cass., 11 giugno 1981, n. 3783, in *Mass. Foro it.*, 1981.

del progressivo abbandono della predetta concezione liberista dell'autonomia negoziale. È, ormai, prevalente una lettura in positivo delle disposizioni che prevedono meccanismi sostitutivi, visti non più tanto come forme di intervento dell'ordinamento in funzione limitante sul regolamento contrattuale, quanto come «*strumento privilegiato di attuazione dei principi e di regole costituzionali*»²¹⁵. In particolare, la riflessione sugli artt. 2 e 3 Cost. induce a favorire il fenomeno in esame, nella considerazione che lo stesso art. 41 Cost. se, da un lato, riconosce la libertà di iniziativa economica privata, dall'altro, però, impone che essa sia funzionalizzata alla realizzazione dell'utilità sociale.

Ma il tema dei rapporti tra integrazione e autonomia contrattuale è ancora molto attuale, come emerge, soprattutto, dalle questioni in tema di nuovi contratti, con riferimento ai quali, anzi, il dibattito sta acquisendo nuova linfa.

In questo ambito, siamo partiti dalla considerazione che non sempre la nullità di protezione *tout court* sia in grado di offrire una tutela effettiva per il contraente debole, in virtù del suo carattere intrinsecamente distruttivo. Spesse volte, la finalità protettiva richiede che, alla caducazione della clausola, si accompagni, in modo complementare, un meccanismo integrativo, che realizzi quella funzione conformativa²¹⁶ altrettanto propria delle nullità di protezione: in tal modo, la nullità sarebbe in grado di offrire uno strumento di demolizione e contestuale “ristrutturazione” del regolamento contrario a legge.

Questo discorso è tanto più vero quando il fenomeno dell'abuso della libertà contrattuale da parte del professionista riguarda clausole determinanti per la sopravvivenza stessa del contratto. Nel qual caso, ove la nullità non potesse operare insieme allo strumento sostitutivo, l'unico esito sarebbe la caducazione dell'intero contratto, poiché il consumatore finirebbe per

²¹⁵ Così M. PUTTI, *La nullità parziale*, cit., p. 167. Sul tema si veda anche P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006., p. 291 ss.; M. CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, cit., p. 61 ss.; M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, cit., p. 137 ss.; F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, cit., p. 678. Quest'ultimo Autore, in particolare, osserva che l'art. 1339 c.c., lungi dal costituire una deroga al principio dell'autonomia contrattuale, segnala, piuttosto, «la necessità di un vero e proprio cambio di paradigma nella comprensione del diritto contrattuale della contemporaneità. Piuttosto che la libertà contrattuale, risulta conformata la signoria delle parti sul contenuto del contratto, al fine di coniugare l'interesse dei contraenti con l'interesse della collettività». Ciò anche in considerazione del fatto che «l'art.1339 c.c. parla pur sempre di “clausola” e di “contratto”. Oggetto della sostituzione coattiva è la clausola nell'ambito di un contratto. La sostituzione presuppone il contratto, e dunque l'(avvenuto) esercizio dell'autonomia privata. Quest'ultima è riconfermata nella sua perdurante centralità».

²¹⁶ Si riferisce alla nullità conformativa come a una sorta di ossimoro A. FEDERICO, *Nuove nullità e integrazione del contratto*, cit., p. 333, secondo il quale, con questa formula riassuntiva, si intende indicare un «fenomeno complesso e molto variegato, dove, a volte, può rivelarsi utile, se non necessario anche il ricorso all'integrazione, quale tecnica di adattamento del programma contrattuale, affinché la nullità non si limiti, come usualmente avviene nel diritto comune dei contratti, a svolgere una funzione solo demolitoria». L'Autore precisa, ulteriormente, che la nozione di “integrazione conformativa”, lungi dall'aver un rilievo solo terminologico, esprime, al contrario, la «diversa modalità in cui, nella realtà attuale, si manifesta quel rapporto tra autonomia ed eteronomia che, nella variabilità dovuta alle vicende storiche delle singole società, costituisce “una costante universale di ogni ordinamento giuridico”» (il virgolettato fa riferimento al pensiero di A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*. VI ed., Milano 2008, p. 441).

preferire la nullità totale, piuttosto che eseguire un contratto dal contenuto vessatorio.

Al fine di evitare siffatto risultato, la modificazione del regolamento, nell'ambito del nuovo diritto dei contratti, potrebbe perdere il carattere eccezionale che le viene attribuito, e assurgere al rango di regola ordinaria; tanto in coerenza con una moderna concezione dell'autonomia negoziale, che ammette interventi eteronomi sul contratto proprio per il perseguimento di interessi di tipo individuale, oltre che metaindividuale.

È dato osservare come lo stesso codice del consumo abbini spesso, alla necessaria parzialità del rimedio invalidante, lo strumento della sostituzione della clausola nulla con la norma imperativa con finalità protettiva. E queste, evidentemente, sono le ipotesi che non destano particolari problemi interpretativi, confermando, l'ammissibilità del meccanismo integrativo.

Il riferimento è, ad esempio, alla disciplina della contrattazione fuori dai locali commerciali. L'art. 63 cod. cons. commina la nullità della clausola con cui venga pattuito, come foro competente per le controversie, un giudice di un luogo diverso da quello della residenza o del domicilio del consumatore. Poiché la disciplina sul foro competente è dettata da una norma imperativa posta a tutela del consumatore, la violazione di quella è colpita da nullità; il legislatore prevede espressamente che la clausola abusiva possa essere sostituita *ex lege* dalla norma indebitamente derogata, per effetto proprio del meccanismo sostitutivo di cui agli artt. 1419, comma secondo, e 1339 c.c..

Analogamente, l'art. 33, comma secondo, lett. u), cod. cons. ammette l'applicazione del medesimo strumento invalidante-sostitutivo anche in caso di violazione della norma processuale relativa ad un foro esclusivo: questa può trovare applicazione automatica, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1419, comma secondo, c.c. e 1339 c.c., in sostituzione della clausola pattizia difforme, trattandosi di norma imperativa preposta alla tutela del consumatore.

Gia questi pochi esempi sono significativi di come, spesso, il rimedio invalidante, in sé considerato, non sia sufficiente a realizzare la finalità protettiva, richiedendo di essere supportato da un complementare strumento sostitutivo quante volte la pattuizione violi una norma imperativa.

Dunque, questo sistema invalidante-sostitutivo deve ritenersi, ormai, pacificamente, ammesso ogniqualvolta l'abusività di una pattuizione discenda dalla violazione di una norma imperativa.

I problemi interpretativo-applicativi più significativi, nel nuovo diritto dei contratti, si pongono, però, quando manchi una norma imperativa da sostituire *ex lege* ovvero quando il contrasto si riferisca a una norma di tipo dispositivo.

A quest'ultimo riguardo, potrebbe destare perplessità l'idea che la violazione di una norma dispositiva assurga a causa di nullità di una pattuizione, atteso che il diritto dispositivo è, per definizione, derogabile dall'autonomia negoziale dei privati.

In effetti, per lungo tempo, si è esclusa la possibilità di far operare il meccanismo sostitutivo in mancanza di norme imperative.

Il problema si è posto, tra gli anni Sessanta e Settanta, con il diffondersi delle contrattazioni di massa, che, spesso, presentavano vistose e diffuse deroghe alle norme di diritto dispositivo in tema di condizioni generali di contratto. Parte della dottrina, sensibile all'esigenza di assicurare una tutela sostanziale alla parte debole di questi contratti, ha iniziato a prospettare la possibilità di sanzionare con la nullità anche la violazione di talune norme di diritto dispositivo, sull'assunto della loro contrarietà all'ordine pubblico economico²¹⁷.

Quella intuizione ha trovato definitivo accoglimento con il recepimento della Direttiva 93/13/CEE, che ha posto al centro della propria regolamentazione l'esigenza di assicurare una tutela sostanziale ed effettiva del consumatore. In questa prospettiva, la nullità correlata alla violazione di norme di carattere dispositivo ha rappresentato la naturale conseguenza di questa evoluzione delle tutele contro le contrattazioni diseguali; ciò nella consapevolezza che l'abuso della libertà contrattuale da parte del contraente forte possa concretarsi nella violazione sistematica persino di regole solitamente derogabili dai privati.

La derogabilità delle norme dispositive, dunque, in tanto è consentita, in quanto è concordata da entrambe le parti. L'assunto di fondo di questo mutamento di impostazione si individua nella presa d'atto che le norme del diritto dispositivo sono validamente derogabili solo se le parti giocano "ad armi pari", e cioè sempre che la deroga non comporti una notevole alterazione dell'equilibrio tra gli interessi per effetto di un abuso. Ma quando quella divergenza è unilaterale, in quanto imposta dalla parte forte, viene meno il presupposto del discostamento dal contenuto della norma dispositiva. Ecco che, in questi casi, si può rendere necessario far seguire, alla caducazione della clausola abusivamente difforme dal diritto dispositivo, la riespansione della norma dispositiva violata.

Questo peculiare modo di regolare le conseguenze della nullità di protezione conduce a

²¹⁷ A. GAMBARO, *Contratto e regole dispositive*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 1, p. 4 ss.; G. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 296 ss.; R. CALVO, *I contratti del consumatore*, Padova, 2005, p. 167 ss.; G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 649 ss.; F. MARZIO, *Deroga abusiva del diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, cit., p. 673 ss., secondo il quale, la disciplina sulle clausole abusive testimonia «la consapevolezza della necessità di estendere la verifica sui movimenti della libertà contrattuale da una prospettiva esclusivamente verticale (compatibilità del programma contrattuale con i valori superiori dell'ordinamento assicurati nella legislazione imperativa soprattutto proibitiva, ma anche ordinativa e in tal caso pure sostitutiva) a una prospettiva anche orizzontale (compatibilità dell'esercizio della libertà contrattuale con la tutela di quella stessa libertà in capo alla controparte)»; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 230 ss..

svolgere due considerazioni.

In primo luogo, va acquisita contezza del fatto che, sempre più spesso, se si persegue l'obiettivo di offrire una tutela sostanziale effettiva al consumatore, il giudice non può limitarsi a dichiarare la nullità (parziale necessaria) della pattuizione abusiva. Al contrario, quest'ultimo deve farsi carico anche degli effetti conseguenti alla stessa, garantendo l'integrazione cogente del contratto o con la norma imperativa violata – operazione questa ammessa pacificamente – o, addirittura, con la norma di diritto dispositivo, ove si riscontri che la deroga della stessa non abbia carattere bilaterale, ma sia stata unilateralmente imposta dal professionista.

Questo potere riconosciuto al giudice è, peraltro, perfettamente conforme alla mutata concezione dell'autonomia privata, che, soprattutto nei contratti asimmetrici, richiede di riconoscere carattere eteronomo al contratto, inteso come frutto del concorso di più fonti, comprese quella legale e giudiziale, nella prospettiva di proteggere il contraente debole.

In secondo luogo - come si vedrà meglio più avanti - occorre anche prendere atto dei limiti di questa impostazione. Spesse volte, l'applicazione, in sede giudiziaria, del contenuto dispositivo della norma derogabile può non essere sufficiente a garantire quella effettività di tutela richiesta dal diritto europeo. Questo accade quando la riespansione della norma dispositiva non sia in grado di riequilibrare il contratto. Nel qual caso, si pone il problema se, accanto a questa forma di integrazione, possano essere prospettati altri rimedi e, segnatamente, se possa essere riconosciuto al giudice un potere di intervento sul contratto ancora più incisivo e di tipo propriamente conformativo-ricostruttivo.

La questione in esame, peraltro, si pone in modo evidente non solo quando la regola dispositiva violata dal professionista non offre garanzia di idoneo riequilibrio del regolamento, ma anche e soprattutto quando una norma dispositiva non vi sia affatto. Non sempre, infatti, la qualificazione di una clausola come abusiva, in quanto sussumibile nell'elenco di clausole di cui all'art. 33, comma secondo, cod. cons., presuppone la individuazione, a monte, di una norma dispositiva.

Sono proprio questi i problemi interpretativi che il presente lavoro intende indagare nel tentativo di mettere ordine nel sistema delle tutele contro le clausole abusive, individuando gli strumenti che consentono, da soli o congiuntamente ad altri, di garantire l'effettivo ripristino dell'equilibrio tra gli interessi delle parti.

6. La nullità di protezione come strumento di riequilibrio del contratto.

Nel concludere questa prima sezione di ricostruzione sistematica della disciplina delle nullità di protezione, pare opportuno soffermarsi anche su un concetto finora rimasto sullo sfondo, sebbene costituisca, in realtà, il perno attorno al quale funziona il rimedio in esame. Il riferimento è al concetto di equilibrio del contratto che, nella contrattazione asimmetrica, finisce per diventare il requisito implicito, ma essenziale, del regolamento, in quanto è ad esso che tende il rimedio della nullità parziale necessaria.

La riflessione sulla tutela contro le clausole abusive non può prescindere dal considerare che uno degli elementi di novità più forte di questa disciplina è rappresentato dall'introduzione di una forma di controllo sul contenuto e, dunque, sull'equilibrio del contratto.

Tipicamente, il controllo sul contenuto di un contratto di consumo riguarda l'equilibrio normativo. L'art. 33 cod. cons. lega, infatti, l'indagine sulla vessatorietà della clausola all'accertamento dello squilibrio, che deve essere "significativo", dei diritti e degli obblighi derivanti dal rapporto.

Nel contempo, l'art. 34, primo comma, cod. cons., come già l'art. 1469 *ter*, comma secondo, c.c., esclude che la valutazione di vessatorietà della clausola possa riguardare l'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, sempre che i relativi elementi «*siano individuati in modo chiaro e comprensibile*»²¹⁸.

Questo significa che, quando le condizioni dell'affare sono esplicitate chiaramente, il sindacato del giudice può riguardare solo l'equilibrio normativo del contratto, cioè le clausole che determinano un significativo squilibrio nei diritti e negli obblighi derivanti dal contratto, ai sensi dell'art. 33, comma primo, cod. cons.. Resta, invece, esclusa, dal giudizio di vessatorietà, la valutazione dell'equilibrio di tipo economico, cioè della convenienza dell'affare.

Questa prima e approssimativa interpretazione della disposizione trova fondamento nella concezione tradizionale del contratto, cioè nella visione liberale della libertà contrattuale, la quale non riconosce rilevanza all'iniquità delle prestazioni, a meno che questa non sia legata a un vizio della volontà. Da qui, la necessità della previsione di istituti tipici e, quindi,

²¹⁸ La disposizione citata, d'altra parte, richiama alla lettera l'art. 4, comma secondo, della Direttiva n. 93/13, benché, in origine, questa regola non fosse stata prevista nelle precedenti proposte del testo. L'assunto alla base di questa disposizione sta nella considerazione che, di solito, il consumatore è in grado di esprimere scelte consapevoli e razionali sugli elementi afferenti al prezzo e all'oggetto del contratto, mentre è sui profili normativi che si nascondono i maggiori rischi di abusi da parte del professionista. Sul punto si vedano le considerazioni di: V. RIZZO, *Trasparenza e "contratti del consumatore": la novella al Codice Civile*, Napoli, 1997, p. 106 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., p. 27 ss.; E. GABRIELLI, A. ORESTANO, *Contratti del consumatore*, Torino, 2000, p. 249 ss..

eccezionali, che attribuiscono rilevanza alla congruità dello scambio contrattuale: si pensi alla rescissione per lesione di cui all'art. 1448 c.c. o alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 c.c. o, ancora, all'annullamento per incapacità naturale di cui all'art. 428 c.c.²¹⁹.

In questa prospettiva, lo squilibrio contrattuale rileva ai fini della validità ed efficacia del contratto solo in quelle ipotesi eccezionali, per questo tipizzate, in cui una delle parti non si è trovata nella condizione di apprezzare liberamente i termini economici dell'affare. Al di fuori di queste fattispecie di stretta interpretazione, torna a imperare il tradizionale dogma della volontà, cioè il riconoscimento della piena e assoluta libertà dei privati di valutare la convenienza dell'operazione economica, sull'assunto dell'eguaglianza formale e, quindi, della parità assoluta dei paciscenti.

Come accennato, anche nel testo del codice del consumo, apparentemente, lo squilibrio economico non sembra essere elemento idoneo a condizionare la validità del contratto.

In realtà, alla luce dell'evoluzione oggi in atto nel modo di concepire la libertà contrattuale, è possibile fornire una lettura parzialmente diversa del concetto di equilibrio e del suo ruolo nel giudizio di validità del contratto. È dato cogliere, anche in ambito sovranazionale e internazionale, una tendenza a riconoscere all'equilibrio contrattuale un valore che non è possibile ignorare in relazione all'assetto di interessi diviso dalle parti.

Basti ricordare la innovativa previsione contenuta nell'art. 3.10 dei Principi UNIDROIT sui contratti commerciali internazionali, significativamente rubricata "Eccessivo squilibrio": *«Una parte può annullare il contratto o una singola clausola se, al momento della sua conclusione, il contratto o la clausola attribuivano ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo»*. La disposizione in esame si segnala per aver messo in luce la nozione di equilibrio rilevante ai fini del giudizio di disvalore, richiedendo che le pattuizioni determinino uno squilibrio che deve essere eccessivo e ingiustificato. In tal modo, la normativa internazionale sembra individuare nella ragionevolezza il criterio cardine sul quale fondare la valutazione sull'equilibrio delle prestazioni.

Ma vi è di più. Ancor più importante è la conseguenza che la disposizione riconnette all'accertamento dello squilibrio come descritto, ossia l'annullamento del contratto. Questo

²¹⁹ È possibile ravvisare una analogia tra la disciplina della rescissione e la disciplina delle clausole vessatorie. La disciplina codicistica si basa sulla presunzione di simmetria delle parti, che viene meno quando un contraente si trova in stato di pericolo o di bisogno. Quella debolezza è determinata da una situazione fattuale e si riflette sull'equilibrio economico del contratto. Il rimedio contro lo squilibrio sindacabile dal giudice è la caducazione del contratto mediante rescissione, salva l'offerta di riduzione a equità della controparte. Nella disciplina consumeristica la regola è ribaltata, ma il meccanismo è analogo. Qui, infatti, il presupposto del sindacato del giudice è una diversa forma di debolezza, non contemplata dal codice civile, ma suscettibile di ripercuotersi sull'equilibrio del contratto. Il presupposto implicito di questa disciplina è la presunzione di asimmetria delle parti poiché una di loro è un consumatore e, per ciò solo, si presume parte debole. Il conseguente squilibrio normativo è sindacabile dal giudice e conduce alla nullità unicamente della clausola squilibrante.

significa che l'equilibrio contrattuale assurge a valore da proteggere; di talché, la sua alterazione, ove ingiustificata ed eccessiva, costituisce causa di invalidità del regolamento convenzionale.

Il mutamento di prospettiva appare evidente e denso di effetti dirompenti.

Non a caso, anche nel nostro ordinamento, si assiste a una rilettura del problema dell'equilibrio contrattuale, condotta valorizzando, sistematicamente, i principi costituzionali e alcune disposizioni codicistiche.

In particolare, si ritiene, ormai, pacifico, che la libertà di iniziativa economica privata, riconosciuta e tutelata dall'art. 41 Cost., debba esplicarsi nel rispetto di valori cardine inviolabili, quali la solidarietà sociale, di cui all'art. 2 Cost., e l'eguaglianza in senso sostanziale, di cui all'art. 3 Cost.. Questa impostazione implica, ulteriormente, la possibilità che gli atti di autonomia negoziale vengano sottoposti a un giudizio volto a riscontrare la meritevolezza dell'assetto di interessi diviso dalle parti, sì da escludere la sussistenza di uno squilibrio tra le prestazioni pattuite che sia il frutto dell'approfittamento delle condizioni di debolezza di una parte, di cui l'altra abbia tratto vantaggio.

In linea con questa impostazione, vengono lette talune disposizioni codicistiche ritenute espressione, non a caso, dell'esigenza di assicurare il rispetto dell'equilibrio contrattuale. Emblematico, al riguardo, è l'art. 1384 c.c., che attribuisce al giudice il potere di ridurre equamente l'ammontare della clausola penale ogniqualvolta risulti manifestamente eccessiva. La Corte Costituzionale, nell'affrontare il problema della legittimità costituzionale di quella disposizione, che non prevede la riducibilità anche della caparra confirmatoria, ha stabilito che il giudice ha il potere di intervenire d'ufficio sul contratto, dichiarando la *«la nullità totale o parziale ex art. 1418 c.c. della clausola, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (...) che entra direttamente nel contratto»*²²⁰.

La rilevanza che sta, indubbiamente, assumendo il controllo sull'assetto economico del contratto influenza anche, e a maggior ragione, la disciplina dei contratti del consumatore. A ben guardare, vi sono varie disposizioni dalle quali desumere la possibilità di un controllo persino sul contenuto economico del contratto.

Si pensi all'art. 33 cod. cons. che, nello stabilire la presunzione di vessatorietà delle clausole di cui alla c.d. lista grigia, consente di considerare il controllo sull'equilibrio economico quale strumento per affermare la vessatorietà della singola pattuizione.

²²⁰ Corte Cost., 24 ottobre 2013, n. 248, in *Contr.*, 2014, p. 926, con nota di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e riduzione della caparra confirmatoria "eccessiva"*; in *Giur. cost.*, 2013, p. 3770 ss. con nota di F. ASTONE, *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di «penale» e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*; in *Foro. it.*, I, p. 2039 ss., con nota di E. SCODITTI, *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*.

Lo stesso art. 34, comma secondo, cod. cons., se, da un lato, esclude che l'oggetto del contratto e l'adeguatezza del corrispettivo possano essere tenuti in considerazione ai fini del giudizio di vessatorietà, dall'altro, sembra ammettere una eccezione a questa regola. La loro esclusione da quel giudizio presuppone che essi siano individuati in modo chiaro e comprensibile. Questo significa, *a contrario*, che, in presenza di clausole intrasparenti, il giudice possa spingersi anche a sindacare l'equilibrio economico del contratto, alla luce degli interessi sostanziali sottesi alla pattuizione²²¹.

L'analisi delle disposizioni richiamate mostra, dunque, la progressiva tendenza dell'ordinamento a estendere il sindacato del giudice sul contratto, quale strumento effettivamente in grado di rendere effettiva la tutela della parte vittima dello squilibrio.

7. Squilibrio (economico) e indagine sul giudizio di meritevolezza della clausola.

Per completezza di indagine, ci pare opportuno ricordare come, sempre più spesso, la giurisprudenza tenda ad estendere il giudizio di invalidità di clausole contrattuali atipiche attraverso il controllo sulla meritevolezza degli interessi dei contraenti²²².

²²¹ Si ricorda, peraltro, che la scelta del nostro legislatore di escludere il sindacato giudiziale sui profili economici del contratto non è stata imposta dal diritto europeo, che non ha vincolato le normative nazionali in tal senso. Anzi, la stessa Corte di Giustizia (Corte Giustizia, 3 giugno 2010, causa C-484/08, *Caja de Ahorros*, in *Contr.*, 2010, 10, 880 ss., con nota di A. VIGLIANISI, La sentenza *Caja de Ahorros* e l'armonizzazione tradita), ha avuto modo di precisare che l'art. 4, comma secondo, della Direttiva n. 93/13, di cui l'art. 34, comma secondo, cod. cons. costituisce fedele trasposizione, non va considerata come una norma imperativa vincolante per gli Stati membri. Tanto è vero che, in quella sentenza, in giudici hanno ritenuto non in contrasto con la Direttiva la legislazione spagnola di recepimento, che consente, invece, il sindacato giudiziale anche sull'oggetto principale del contratto e sull'adeguatezza del prezzo pattuito. In tema, si vedano anche le considerazioni di: F. DELLA NEGRA, *Il "fairness test" nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*, in *Contr.*, 2013, 11, p. 1060, secondo il quale, questa interpretazione delle disposizioni in commento sembra trovare conferma anche nel testo dei considerando della Direttiva, che consentono di tenere conto dei riflessi economici dello squilibrio normativo, si da verificare l'effettiva utilità delle attribuzioni giuridico-patrimoniali per il consumatore.

²²² Sulla nozione, si vedano, in generale, gli studi di: G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1955, p. 203 ss.; G. STILFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 29 ss.; G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 81 ss.; F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 55-56; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 423 ss.; A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse* (voce), in *Dig. delle disc. priv.*, XI, Torino, 1994, p. 332 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Priv.*, a cura di P. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 424-425; M. GAZZARRA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 55 ss.. Si ricorda che, storicamente, nella concezione statalista in cui il codice civile è stato redatto, il giudizio di meritevolezza costituisce un limite all'autonomia privata, in forza del concetto di utilità sociale. Non a caso, la relazione al codice recita che «L'autonomia del volere non è sconfinata libertà del potere di ciascuno, non fa del contratto un docile strumento della volontà privata; ma se legittima nei soggetti un potere di regolare il proprio interesse, nel contempo impone ad essi di operare sempre sul piano del diritto positivo, nella orbita delle finalità che questo sanziona e secondo la logica che lo governa». In una fase intermedia, invece, il giudizio di meritevolezza viene affinato, fino a farlo coincidere, con il giudizio di liceità della causa del contratto,

Sempre più frequenti sono le sentenze nelle quali la Corte di Cassazione dichiara l'inefficacia di una clausola per immeritevolezza, utilizzando, cioè, un concetto, quello di “meritevolezza”, che consente al giudice di spostare il sindacato sull'equilibrio economico del contratto su un piano prettamente normativo.

È forse proprio con riferimento a tali ipotesi che si coglie, in modo evidente, la progressiva erosione del principio dell'autonomia privata, nella continua tensione tra questo e i poteri di sindacato giudiziario²²³. Di fronte a palesi abusi dell'autonomia contrattuale da parte del predisponente, appare irragionevole non consentire un sindacato giudiziario del contenuto del contratto.

Ciò è quanto accade, in particolare, per la questione della vessatorietà e meritevolezza delle clausole c.d. *claims made* in materia di contratti di assicurazione²²⁴. Siffatte clausole, inserendo un elemento di limitazione della responsabilità dell'assicurato, hanno posto il problema della loro meritevolezza²²⁵.

Trattandosi di pattuizione atipica, essa impone al giudice di svolgere un giudizio di meritevolezza da condurre *ex art.* 1322 c.c., al fine di verificare se realizzi interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Tale giudizio, previsto dal codice per le clausole atipiche, appare tanto più giustificato quando vengano in considerazione contratti asimmetrici o, comunque, situazioni di abuso di posizioni di forza contrattuale da parte di uno dei contraenti, come nei contratti del consumatore.

tanto è vero che, anche in tempi recenti, sono frequenti le pronunce in cui si sostiene che il giudizio di meritevolezza abbia come presupposto l'illiceità dell'atto. Solo negli ultimi anni queste due forme di controllo vengono distinte in modo chiaro e netto come due momenti diversi. Quest'ultima considerazione si lega a quella tendenza a valorizzare l'uso di clausole generali come strumenti per garantire la “giustizia” del regolamento contrattuale, coerentemente con la valorizzazione della rilevanza dell'equilibrio contrattuale.

²²³ Cfr. F. GRECO, *La clausola claims made tra vessatorietà e meritevolezza in concreto: l'erosione dell'autonomia contrattuale nell'interpretazione della giurisprudenza*, in *Danno e resp.*, 2017, 4, p. 441 ss.;

²²⁴ Per clausola *claims made* si intende la clausola c.d. “a richiesta fatta”, cioè a domanda del danno. Tale clausola, ove inserita in un contratto di assicurazione, implica che la copertura assicurativa sia condizionata alla circostanza che il fatto dannoso venga denunciato durante il periodo di vigenza del contratto. L'assicurazione copre solo i danni che vengano denunciati, di cui si chiedi il risarcimento, durante il periodo di vigenza del contratto, mentre non copre i danni denunciati alla scadenza del contratto. Tale clausola introduce, così, una regola derogatoria rispetto al modello di contratto di assicurazione delineato dal codice civile, ossia introduce un elemento di atipicità nel modello tipico di contratto di assicurazione, in deroga all'art 1917 c.c.. Il modello tipico delineato dall'art 1917 c.c. prevede che il contratto di assicurazione copre i danni insorti durante la vigenza del contratto: la regola è quella della insorgenza del danno, indipendentemente dal momento in cui il danno venga denunciato, potendo essere denunciato anche alla scadenza del contratto, purché sia insorto durante la sua vigenza. La clausola *claims made* introduce un elemento distonico rispetto a questo criterio: il contratto copre i danni denunciati durante la vigenza del contratto, non quelli denunciati dopo la scadenza. Qui si apre la distinzione tra clausole pure e impure o miste, che assume rilevanza sotto il profilo della assunzione del rischio da parte dell'assicuratore.

²²⁵ Ma la rivalutazione del giudizio sulla meritevolezza degli interessi dei contraenti si è realizzata anche nell'ambito dei contratti volti alla prestazione di servizi di investimento, da sempre connotati da una notevole capacità creativa dell'autonomia negoziale privata. Tra le molteplici sentenze espressive di questo nuovo orientamento si ricordano: Trib. Brindisi, sez. fall., 21 maggio 2005, in *www.dejure.it*; Trib. Salerno, 12 aprile 2007, in *Giur. it.*, 2008, p. 134 ss.; Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, in *www.dirittobancario.it*; Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, in *Giur. it.*, 2017, p. 54 ss., con nota di M. MUSSUTO, *Il giudizio di meritevolezza*.

In questi casi, il giudizio di meritevolezza assurge a meccanismo “correttivo” del contratto, in quanto consente di sottoporre le singole clausole contrattuali a un controllo sostanziale, e non di formale rispetto delle regole, sì da verificare se gli interessi dei contraenti siano effettivamente pregiudicati.

Tanto è vero che, secondo la giurisprudenza di legittimità, clausole come le *claims made*, astrattamente, apparirebbero meritevoli di tutela, realizzando una conveniente composizione degli interessi tra le parti. Ma la valutazione di meritevolezza non va condotta in astratto, bensì in concreto, cioè parametrando «il giudizio di “tollerabilità” in seno all'ordinamento sulla singola specifica clausola oggetto di controversia»²²⁶. Il controllo di meritevolezza degli interessi va svolto sullo scopo pratico del contratto, cioè sul programma che le parti, con quel regolamento, intendono realizzare. Non è, dunque, un controllo in astratto.

Il contratto, in definitiva, può essere meritevole o non meritevole di tutela, a seconda delle circostanze del caso concreto e dell'atteggiarsi della clausola.

Tanto è vero che anche la risposta della Cassazione alla questione della meritevolezza delle *claims made* non è sempre uniforme, ma “a geometrie variabili”, mutando a seconda delle caratteristiche della specifica pattuizione²²⁷: ne consegue che queste, pur apparendo astrattamente meritevoli di tutela, tuttavia, potrebbero porre l'assicurato, cioè il soggetto debole, in una posizione in concreto problematica, ove subisca un aumento del premio assicurativo da versare senza ricevere alcuna controprestazione.

Peraltro, con particolare riferimento al tema delle *claims made*, una recentissima statuizione delle Sezioni Unite sembra aver chiarito il carattere sostanzialmente tipico dei contratti di assicurazione recanti questo genere di clausole, avendo trovato riconoscimento

²²⁶ Così F. GRECO, *La clausola claims made tra vessatorietà e meritevolezza in concreto: l'erosione dell'autonomia contrattuale nell'interpretazione della giurisprudenza*, cit., p. 446.

²²⁷ Cfr. Cass., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, in *Foro it.*, 2016, p. 2013 ss., con note di R. PARDOLESI, *Le Sezioni Unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*; A. PALMIERI, *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c.*; B. TASSONE, *Le clausole claims made al vaglio delle Sezioni Unite: gran finale di stagione o prodromo di una nuova serie?*; in *Corr. giur.*, 2016, p. 937 ss., con nota di R. CALVO, *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*; in *Contr.*, 2016, p. 753 ss., con nota di U. CARNEVALI, *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite*; in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, p. 656 ss., con nota di P. CORRIAS, *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*. Con questa presa di posizione, le Sezioni Unite sostengono l'astratta e piena validità ed efficacia della clausola claims made c.d. mista o impura, escludendone la vessatorietà, poiché realizza una limitazione dell'oggetto del contratto, non della responsabilità. Così statuendo la Corte consente un notevole ampliamento dell'ambito di operatività dell'autonomia privata, garantendo, nel contempo, una giustizia contrattuale che, è stato ritenuto da autorevole dottrina, costituisce «un potente fattore di sviluppo economico, giacché accresce la propensione a contrarre, incrementando la fiducia del mercato» (così F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 314-315). Sulle riflessioni delle Sezioni Unite, si vedano anche le considerazioni di M.C. PERCHINUNNO, *Il controllo di meritevolezza nelle clausole claims made*, in *Contr. e impr.*, 2017, 3, 746 ss.. La pronuncia in esame è stata poi seguita da altre sentenze: Cass., 18 maggio 2017, n. 12488, in *www.dejure.it*; Cass., 15 febbraio 2018, n. 3694, in *Dir. e giust.*, 2018, 3, p. 11 ss., con nota di V.A. PAPANICE, *Condizioni generali claims made ed estensione territoriale ... con delimitazione dell'oggetto*; Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Dir. e giust.*, 2018, 166, p. 14 ss., con nota di M. SUMMA, *Le clausole “claims made” allo scrutinio delle Sezioni Unite*.

legislativo, sia pure solo in alcuni specifici settori²²⁸. Ma tanto basta, secondo i giudici, a escludere le clausole in esame dal vaglio di meritevolezza degli interessi di cui all'art. 1322, comma 2, c.c..

La rilevanza del giudizio di meritevolezza, tuttavia, non è sempre stata percepita dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

A riguardo, è opportuno ricordare che il giudizio di meritevolezza non va confuso con il diverso giudizio di liceità delle clausole, benché la giurisprudenza, per lungo tempo, abbia sovrapposto i due concetti. Come è stato correttamente osservato anche in dottrina, «risolvere il giudizio di meritevolezza in quello di liceità significa svuotare di ogni autonomo contenuto il secondo comma dell'art. 1322 c.c.»²²⁹. Così ragionando, si finirebbe, infatti, per ritenere del tutto lecita e meritevole ogni deroga a una norma dispositiva, svilendo, sostanzialmente, il ruolo svolto dalle stesse nell'ordinamento²³⁰.

Ciò posto, appare evidente che il giudizio di meritevolezza ex art. 1322 c.c. presupponga il previo riscontro della liceità della clausola, imponendo che l'esercizio dell'autonomia contrattuale sia non solo lecito, ma anche diretto al perseguimento di interessi socialmente utili e apprezzabili, nonché conforme ai principi costituzionali. Il controllo di meritevolezza, in definitiva, non coincide con il giudizio di contrarietà a norme imperative, ma si identifica nella verifica che il risultato perseguito dal contratto atipico non sia contrario ai principi di parità, di solidarietà e di non prevaricazione, posti a fondamento dei rapporti privatistici.

Le brevi considerazioni sopra svolte ci sembrano di grande interesse per la presente analisi. La frequente declaratoria di inefficacia/nullità di clausole contrattuali immeritevoli di tutela

²²⁸ Il parziale mutamento di impostazione è disposto da Cass., Sez. Un., 24 settembre 2018, n. 22437, in *Dir. e giust.*, 2018, 166, p. 14 ss., con nota di M. SUMMA, *Le clausole "claims made" allo scrutinio delle Sezioni Unite*. Questa sentenza è particolarmente interessante per il chiarimento che offre circa il carattere tipico o atipico dei contratti di assicurazione recanti clausole claims made. I giudici considerano esplicitamente il meccanismo di operatività della clausola *claims made* come un modello tipizzato dalla legge, rappresentando una deroga pattizzia all'art. 1932 c.c., consentita dall'ordinamento ai sensi dell'art. 1917 c.c.. L'attrazione di tali pattuizioni all'area della tipicità sarebbe avvenuta per effetto degli interventi legislativi in materia di Con la conseguenza che tali clausole si sottraggono allo scrutinio di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti previsto dall'art. 1322, comma 2, c.c., poiché quest'ultimo presuppone l'atipicità contrattuale. Resta fermo, invece, il controllo sul regolamento basato sulle clausole in esame, non essendo violabili i limiti imposti dalla legge, ai sensi dell'art. 1322, comma 1, c.c.: «quindi, si rende opportuna un'indagine a più ampio spettro, che non si arresti alla sola conformazione genetica del contratto assicurativo, ma che ne investa anche il momento precedente alla sua conclusione e quello relativo all'attuazione del rapporto».

²²⁹ Così S. MONTICELLI, *Il giudizio d'immeritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione della clausola*, in *Danno e resp.*, 2017, 4, p. 441 ss.. L'autonomia del giudizio di meritevolezza rispetto a quello di liceità è stata sostenuta, in particolare, da P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 220 ss.; G. SICCHERO, *La distinzione tra meritevolezza e illiceità del contratto atipico*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 545 ss..

²³⁰ Cfr. anche L. BUONANNO, *Immeritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti mediante un contratto atipico di finanziamento: nullità o inefficacia? Il commento*, in *Contr.*, 2016, 10, p. 897 ss.; G. CHINÉ, F. FRATINI, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, VI, Roma, 2015, p. 1218, secondo i quali, identificare i due giudizi significherebbe rendere l'art. 1322 c.c. una norma del tutto superflua, in quanto ripetitiva di altre disposizioni che già prevedono sanzioni per i contratti illeciti, con l'art. 1343 c.c.. In senso critico, si veda, invece, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 403, il quale afferma che «se anche fosse una norma inutile perché ripetitiva sarebbe pur sempre preferibile a una norma con significati ripugnanti al sistema».

testimonia un fenomeno comune anche alla questione oggetto di indagine, ossia l'evoluzione del rapporto tra poteri del giudice e autonomia contrattuale.

Il giudizio di meritevolezza permette, infatti, di attribuire rilevanza giuridica all'equilibrio contrattuale tra le prestazioni e questo implica il riconoscimento, in capo al giudice, di un potere di sindacato particolarmente ampio, idoneo a superare lo squilibrio. In particolare, l'aspetto di novità espresso da questo orientamento giurisprudenziale consiste nell'attribuzione, al giudice, del potere di vagliare la proporzionalità del contratto, quest'ultima considerata alla stregua di un interesse superindividuale.

Proprio questo aspetto suscita perplessità in quella dottrina che considera pericolosa la verifica sulla meritevolezza della causa, in quanto questa si tradurrebbe in una potenziale limitazione dell'autonomia contrattuale, in nome di una supposta tutela “paternalistica” del soggetto debole.

Altri, inoltre, temono che siffatta compressione dell'autonomia privata nasconda il rischio di una sostanziale funzionalizzazione degli istituti privatistici, in particolare, del contratto, a fini superindividuali.

Non ultimo, non vi è chi non veda che siffatto potere possa tradursi in una eccessiva discrezionalità giudiziaria, a cui si accompagnerebbe, oltretutto, l'incertezza circa la validità di clausole anche essenziali del contratto.

In realtà, un controllo di questo tipo non ci appare del tutto stigmatizzabile, anche perché si inserisce in una più generale tendenza propria tanto del nostro ordinamento, quanto delle codificazioni europee. Basti pensare alla richiamata riforma del *code civil*, che ha introdotto alcune significative novità proprio in tema di equilibrio contrattuale attraverso il riferimento alla buona fede (art. 1104 *code civil*), all'abuso dello stato di dipendenza di una parte (art. 1143 *code civil*), alla eliminazione delle clausole di un contratto per adesione in presenza di un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti (art. 1171 *code civil*) e del venir meno di un elemento essenziale del contratto (art. 1186 *code civil*)²³¹.

E' evidente, allora, che il giudizio di meritevolezza costituisca il sintomo della più generale evoluzione degli strumenti di controllo dell'equilibrio contrattuale, stimolata dalla normativa europea, in nome dell'esigenza di tutela del contraente debole.

Sull'assunto del carattere asimmetrico di certe tipologie di contrattazione, il legislatore tende, sempre di più, a tenere in considerazione il concreto contesto in cui si svolge la contrattazione, prevedendo un intervento giudiziale in funzione modificativa sul contratto. In tal modo, laddove si verificano vicende di *market failures* tali da impedire il corretto funzionamento del regolamento contrattuale, l'intervento di un soggetto terzo sul contratto

²³¹ Queste osservazioni sono di G. VETTORI, *Norme, dogmatica e sentenze: quid iuris?*, in *Pers. e merc.*, 2017, 2, p. 82.

rappresenta l'unico rimedio per «conformare lo scambio a quello che sarebbe stato concluso in condizioni di concorrenza ideale»²³².

L'aspetto più innovativo di queste forme di controllo sul contratto è, però, un altro: esse tendono a fuoriuscire dai settori specifici nei quali sono state inizialmente perfigurate, per assumere portata generale all'interno del diritto comune dei contratti, come la riforma francese dimostra plasticamente.

Non a caso, si rileva che i giudizi di meritevolezza, al pari di altre forme di intervento modificativo del giudice sul contratto, «focalizzano l'analisi non tanto sulle condizioni soggettive dei contraenti, ma sullo squilibrio oggettivo delle obbligazioni previste al contratto che, per essere sanzionato, deve risultare eccessivo»²³³. I requisiti soggettivi dei contraenti, pertanto, possono, certo, essere presi in considerazione quali indici dello squilibrio, ma non costituiscono presupposto indefettibile del giudizio di meritevolezza.

Tutto ciò considerato, tuttavia, si ritiene di escludere la possibilità di estendere, in via generale, il giudizio di meritevolezza alla disciplina consumeristica, atteso che il codice del consumo riconnette il controllo sull'equilibrio contrattuale del contratto alla verifica sulla vessatorietà delle clausole, prescrivendo la nullità.

Nel contempo, il limite più grosso di tale forma di controllo è rappresentato dalla sua applicabilità alle sole pattuizioni atipiche, essendo l'art. 1322, comma 2, c.c. inequivocabile sul punto²³⁴.

Alla luce dell'analisi sul giudizio di meritevolezza, un dato emerge, però, in modo inequivocabile: l'ordinamento, pur lasciando alle parti la possibilità di autoregolamentare i loro interessi, nel contempo, prevede forme di controllo pretranti sul regolamento contrattuale (tra cui la nullità delle clausole abusive, la nullità per violazione degli obblighi di informazione precontrattuale, la nullità per immeritevolezza). Tale controllo si traduce, sempre più spesso, nella verifica della corrispondenza dell'atto di autonomia al requisito di meritevolezza. Ciò affinché il contratto non si configuri, semplicemente, come una manifestazione di volontà privata, ma sia diretto al perseguimento di finalità ulteriori, che trascendono quelle in concreto perseguite dai contraenti, in attuazione del principio costituzionale di solidarietà sociale e in conformità al giudizio di meritevolezza²³⁵.

²³² Così R. FORNASARI, *La meritevolezza della clausola claims made*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 4, p. 1378.

²³³ Si rinvia ancora a Così R. FORNASARI, *La meritevolezza della clausola claims made*, cit., p. 1378.

²³⁴ In dottrina, vi è chi osserva che tale limite potrebbe essere superato riconducendo il controllo di meritevolezza al giudizio sulla causa del contratto, stante la contiguità tra il concetto di meritevolezza e la nozione di causa concreta. Cfr. R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p. 229 ss..

²³⁵ Cfr. G. VILLANACCI, *Ragionevolezza e proporzionalità nella rilevazione delle situazioni di riduzione ex officio della clausola penale*, in *Jus civile*, 2017, 6, p. 683 ss.; ID., *Interessi e sopravvenienze contrattuali*, in *Presona e mercato*, 2015, 3, p. 59 ss.. In senso contrario si veda F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 540 ss., secondo il quale, una strategia regolativa del mercato basata su forme di controllo dell'autonomia privata sorrette da rimedi invalidanti desta numerose perplessità. In particolare, l'Autore contesta il carattere scarsamente tempestivo di tali controlli e l'incapacità di assurgere a efficaci strumenti di

Siffatti limiti e controlli, lungi dall'essere relegati a mere eccezioni, assurgono, oggi, a regola ordinaria, contribuendo a estendere i poteri giudiziali di intervento sul contratto, in nome di una esigenza di giustizia contrattuale.

contrasto di fenomeni degenerativi su vasta scala del corretto svolgimento degli scambi. Tra le soluzioni ipotizzabili, vi sarebbe quella di anticipare la tutela, affidandola alle autorità amministrative di controllo, come quella prevista dall'art. 37 cod. cons. per le clausole abusive, di spettanza dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato. In argomento si veda anche E. BATTELLI, *L'intervento dell'Autorità Antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori*, in *Eu. dir. priv.*, 2014, p. 207 ss..

Parte seconda.

Il contesto assiologico del sistema eurounitario di tutela del consumatore.

1. Premessa. Necessità dell'analisi dei principi fondamentali del sistema eurounitario in tema di tutela del consumatore contro le clausole abusive. 2. Il principio di effettività della tutela. 3. Il principio di proporzionalità. 4. La buona fede contrattuale.

1. Premessa. Necessità dell'analisi dei principi fondamentali del sistema eurounitario in tema di tutela del consumatore contro le clausole abusive.

Prima di analizzare i singoli strumenti astrattamente prospettabili per porre rimedio alle conseguenze della caducazione della clausola abusiva, si rende opportuno chiarire qual è il contesto assiologico di riferimento in una prospettiva eurounitaria.

La disciplina consumeristica, infatti, è di matrice eurounitaria ed è profondamente intrisa dei principi e dei valori che informano il diritto europeo, tutto teso ad assicurare la concorrenza sul mercato. In questo orizzonte, anche la tutela contro le clausole abusive è funzionalizzata a realizzare quell'obiettivo generale, nella convinzione che solo un mercato rispettoso della concorrenza garantisca la tutela del consumatore e viceversa.

Non a caso, la dottrina più attenta osserva che proprio il tema delle tutele contrattuali è quello che mostra le maggiori «*interferenze con le fonti comunitarie e con le trasformazioni del contratto*»²³⁶, in considerazione della tendenza del diritto europeo a valorizzare l'impiego di «*strumenti flessibili commisurati ai bisogni più che agli elementi di una fattispecie*»²³⁷.

Questo rende indispensabile, per comprendere la *ratio* sottesa alla disciplina consumeristica, analizzare *funditus* i principi che costituiscono la base della medesima, sì da riempirli di contenuto e sostanza applicativa. Peraltro, si può solo osservare, in via incidentale, che tale indagine è in linea con quella tendenza più generale a “*ragionare per principi*”, non solo più per regole e per norme, che, soprattutto in questa materia, trova il suo naturale ambito di esplicazione, conformando e mutando, inevitabilmente, il tradizionale

²³⁶ Così G. VETTORI, *Diritto europeo e tutele contrattuali*, in *Persona e mercato*, 2014, 2, p. 89 ss..

²³⁷ Quelle citate sono, invece, le parole di A. DI MAJO, *Una New Age per le tutele contrattuali?*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo Di Majo*, Napoli, 2012, p. 5.

modo di concepire e leggere gli istituti, specie in chiave rimediale²³⁸.

Dunque, i principi eurounitari, come anche quelli costituzionali, possono contribuire alla elaborazione del regolamento contrattuale, influenzando, inevitabilmente, la costruzione dei rimedi invocabili in sede di impugnazione del contratto.

Tra questi principi, si ritiene di porre l'attenzione, in primo luogo, sul principio di effettività della tutela, che ha trovato proprio nella disciplina consumeristica il suo principale terreno di elaborazione, contribuendo ad armonizzare e potenziare le forme di tutela elaborate dai singoli ordinamenti nazionali.

Ma a questo principio cardine ci pare debba affiancarsi una riflessione su altri due principi che stanno acquisendo rilievo in questa materia. Da un lato, la crescente attenzione per la portata dei poteri del giudice sul contratto e sull'equilibrio contrattuale impone di approfondire il ruolo del principio di proporzionalità, quale possibile parametro di controllo contenutistico e funzionale dell'atto negoziale, benché la sua operatività sia estremamente discussa. Dall'altro lato, occorre soffermarsi sul concetto di buona fede contrattuale, menzionato dalla stessa Direttiva 93/13/CEE, per comprendere come possa essere impiegato dal giudice non solo come parametro per la valutazione dell'abusività del comportamento del professionista, ma, anche e soprattutto, come strumento di possibile integrazione del contratto in funzione manutentiva.

Si osserverà, in conclusione di questa analisi, come proprio i concetti di effettività, proporzionalità e buona fede costituiscano, di volta in volta, i principi invocati dalla dottrina, quale substrato valoriale e interpretativo-applicativo, dei principali strumenti di intervento sul contratto depurato della clausola abusiva. In effetti, i meccanismi sostitutivi, integrativi o

²³⁸ Il dibattito sul ruolo dei principi è risalente, ma ha avuto un forte impulso per effetto di due fattori: da un lato, il mutato sistema delle fonti delineato dall'art. 117 Cost. all'indomani della riforma del Titolo V della Costituzione; dall'altro, la crescente espansione quantitativa e qualitativa del diritto europeo come elaborato dalle Corti sovranazionali. La dottrina più sensibile e attenta ha, da tempo, chiarito che anche i principi sono idonei a regolare la disciplina contrattuale, al pari delle norme giuridiche. Ciò è vero, prima di tutto, per i principi costituzionali, sull'assunto che anche le norme programmatiche abbiano una efficacia normativa diretta; ma anche per i principi del diritto europeo, che sono direttamente applicabili nel nostro ordinamento, sempre che non contrastino con i valori fondamentali del nostro sistema costituzionale. Sul tema, la letteratura è vastissima: P. RESCIGNO, *Per una rilettura del Codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, p. 205 ss.; P. PERLINGIERI, *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 95 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario*, Napoli, 2006, p. 545 ss.; ID., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006, p. 327 ss.; E. NAVARRETTA, *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, I, p. 782 ss.; E. CAPOBIANCO, *L'integrazione*, cit., p. 393 ss.; N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1, p. 38 ss.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 5, p. 987 ss.; ID., *Un diritto "incalcolabile"*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1, p. 11 ss.; M. FIORAVANTI, *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2016, 1, p. 7 ss.; G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eu. dir. priv.*, 2002, 4, p. 924 ss.; ID., *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005; ID., *Regole e principi. Un decalogo*, in *Pers. e merc.*, 2015, 2, p. 51 ss.; ID., *Il contratto europeo tra regole e principi*, Torino, 2015; ID., *Diritto europeo e tutele contrattuali*, cit., p. 89 ss.; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015; A. CATAUDELLA, *L'uso abusivo dei principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 4, p. 747 ss..

addirittura correttivi proposti dagli interpreti trovano giustificazione proprio in nome dei predetti principi, tanto da indurre a riflettere se si tratti di concetti del tutto distinti tra loro o se sia ravvisabile una matrice unitaria che spieghi gli stessi.

2. Il principio di effettività della tutela.

Il ruolo centrale svolto dal principio di effettività nella materia oggetto della presente analisi è cristallizzato in numerose sentenze, tra cui, da ultimo, le già ricordate sentenze gemelle delle Sezioni Unite del 2014 sul rilievo d'ufficio della nullità del contratto²³⁹. L'intera decisione, in entrambe le occasioni, ruota tutta attorno alla garanzia dell'effettività della tutela contrattuale: il potere/dovere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità (anche di protezione) del contratto trova giustificazione proprio nell'esigenza di assicurare «l'effettività della tutela di valori fondamentali dell'organizzazione sociale», concepita quale «irrinunciabile garanzia». Ciò nella consapevolezza che l'ordinamento costituzionale debba assicurare il diritto a un rimedio adeguato al soddisfacimento dello specifico bisogno di tutela di ciascun singolo individuo.

Ma gli esempi sono numerosi, anche con riguardo ad altri temi e ad altre materie.

Si ricorda la decisione della Cassazione sul caso Cir-Fininvest, in cui il diritto al rimedio effettivo rappresenta il sostrato concettuale alla base del riconoscimento del diritto alla tutela risarcitoria, nonostante la presenza di una tutela tipica²⁴⁰.

Ancora, la sentenza costituzionale in tema di caparra confirmatoria, in cui l'operare congiunto della nullità contrattuale e della clausola di buona fede mira ad assicurare un rimedio adeguato ed effettivo²⁴¹.

Tutte le decisioni citate sono espressione della medesima esigenza di riconoscere al singolo il diritto a un rimedio effettivo rispetto alla lesione di diritti e libertà affermati dalle varie costituzioni e convenzioni internazionali, secondo la logica *ubi ius, ibi remedium*²⁴².

²³⁹ Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242-26243, cit..

²⁴⁰ Cass., 17 settembre 2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2013, I, p. 3121 ss.; in *Persona e mercato*, 2013, 4, p. 279 ss., con nota di G. VETTORI, *Validità, responsabilità e cumulo di rimedi*; in *Danno e resp.*, 2014, 2, p. 144 ss., con note di G. PONZANELLI, *Il danno per la corruzione del giudice*; di B. TASSONE, *Il caso Cir-Fininvest e il nesso causale in Cassazione*; in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1, p. 75 ss., con nota di G. TRAVAGLINO, *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*.

²⁴¹ Corte Cost., ord., 24 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, I, p. 382 ss.; Corte Cost., ord., 2 aprile 2014, n. 77, in *Contr.*, 2014, 10, p. 926 ss., con nota di G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva"*.

²⁴² Osserva autorevolmente G. VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Pers. e merc.*, 2017, 4, p. 142 che «la tutela è sempre strumentale rispetto ad una precedente valutazione strutturale dell'interesse. Sicché il rimedio presuppone l'esistenza di una situazione soggettiva protetta». In questa

Addirittura, la Corte Costituzionale, consapevole dell'importanza del principio di effettività, ne ha, recentemente, riconosciuto il fondamento costituzionale nell'art. 24 Cost., ritenendo che da questa disposizione sia desumibile non solo il diritto al giusto processo, ma anche il diritto a una tutela sostanziale effettiva²⁴³.

Ebbene, l'effettività invocata dai nostri giudici, in queste e in altre decisioni, è un concetto di derivazione comunitaria, il cui contenuto è variamente declinabile²⁴⁴. Da un lato, vi è il diritto a un ricorso effettivo, che garantisce il diritto ad agire e a fruire della tutela giurisdizionale. Dall'altro, vi è il diritto ad un rimedio effettivo, inteso quale pretesa a ottenere, nel processo, tutto quello e proprio quello che si ha diritto di conseguire, in virtù della titolarità di una determinata posizione soggettiva²⁴⁵.

In un primo momento, l'effettività è stata intesa solo nella prima accezione più prettamente processuale, cioè come accessibilità della tutela: la tutela giurisdizionale garantita da un ordiamento deve, infatti, risultare concretamente accessibile ai privati.

In tempi più recenti, la nozione di effettività e la sua portata si sono dilatate fino ad assumere anche la fisionomia del diritto a ottenere, nel processo, una tutela efficace, cioè idonea a garantire l'interesse sostanziale sotteso alla posizione soggettiva fatta valere.

Quest'ultimo passaggio impone, dunque, anche la necessità di ripensare e adeguare i mezzi di tutela, soprattutto contrattuale. Ciò significa che il rimedio deve risultare, per il suo contenuto tecnico, idoneo a impedire il protrarsi della violazione. A questo si aggiunga la necessità che la tutela sia adeguata anche in termini di integralità del ristoro conseguito.

In questa sede, giova soffermarsi sull'effettività del rimedio, come principio dal quale è possibile trarre una linea guida per la soluzione del problema delle conseguenze della caducazione di una clausola abusiva. È infatti centrale, in questa analisi, comprendere se la semplice declaratoria di nullità della singola clausola sia da sola sufficiente ad assicurare una tutela effettiva per il consumatore, ogniqualvolta quella pattuizione sia essenziale per la

prospettiva, allora, la ricerca della tutela effettiva «non incide sull'an della tutela, ma solo sulle modalità di applicazione della protezione» (così A. FALZEA, *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 683 ss.).

²⁴³ Così Corte Cost., 22 ottobre 2014, n. 238, in *Foro it.*, 2015, I, p. 1152 ss..

²⁴⁴ Per un approfondimento sul concetto di effettività in senso lato, si vedano: P. PIOVANI, voce "Effettività (principio di)", in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 420 ss.; G. VETTORI, voce "Effettività delle tutele (diritto civile)", in *Enc. Dir.*, Ann. X, Milano, 2017, p. 381 ss.; ID., *Il diritto a un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Pers. e merc.*, 2017, 1, p. 15 ss.; ID., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Pers. e merc.*, 2015, 1, p. 5 ss.; D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela: una casistica*, in *Pers. e merc.*, 2016, 2, p. 62 ss.; S. PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, in *Pers. e merc.*, 2015, 4, p. 112 ss.; D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 907 ss.; N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; N. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l' "azione" nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo (Parte prima)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, n. 1, p. 35 ss.; R. CONTI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, in *Pol. dir.*, 2007, 3, p. 377 ss..

²⁴⁵ Cfr. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, p. 81 ss.

sopravvivenza stessa del contratto. Proprio ragionando alla luce del principio di effettività è possibile trarre una soluzione rispondente a un adeguato contemperamento degli interessi in gioco.

La tutela del contraente debole rappresenta il cardine della disciplina consumeristica di derivazione comunitaria e questo ha imposto di ripensare i rimedi tradizionali, al fine di proteggere adeguatamente questa figura. Da qui, la codificazione di una nuova forma di nullità, di protezione appunto, di cui si intende ora indagare l'effettività. Difatti, l'origine comunitaria di questa disciplina vincola i Paesi Membri e, quindi, anche i giudici a tutelare i diritti attribuiti ai singoli, cosicché questi possano essere effettivamente fatti valere dagli interessati.

In particolare, l'art. 47 della Carta di Nizza afferma che «*ogni individuo i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinnanzi a un giudice*»; l'art. 19 del TUE gli fa eco prevedendo che «*gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione*». Nel contempo, tra le fonti sovranazionali, si segnala l'art. 13 CEDU, significativamente rubricato “*Diritto a un ricorso effettivo*”, che riconosce il diritto di ognuno a un ricorso effettivo davanti a un giudice nazionale, nel caso di lesione dei diritti e delle libertà garantiti dalla CEDU.

La diretta applicabilità delle norme di diritto eurounitario impone, dunque, agli Stati membri non solo di predisporre strumenti di tutela delle posizioni soggettive tutelate a livello europeo, ma, anche e soprattutto, di garantire che i rimedi prescelti siano effettivamente in grado di tutelarle. In particolare, i singoli ordinamenti devono elaborare uno *standard* di garanzie che non può essere inferiore a quello riconosciuto rispetto ad analoghe posizioni di diritto interno.

Da questa impostazione discendono due importanti corollari.

Da un lato, i giudici sono tenuti a interpretare le norme interne in conformità con le regole e i principi del diritto europeo, secondo la logica della interpretazione conforme. Difatti, solo riflettendo sul fondamento giustificativo della tutela è possibile commisurarne, in concreto, l'applicazione rispetto agli interessi lesi.

Dall'altro, ai giudici è chiesto, altresì, di non applicare quelle disposizioni interne che non garantiscono l'effettività degli strumenti e dei rimedi predisposti per attuare le posizioni di rilievo europeo²⁴⁶. Quest'ultimo caso si verifica ogniqualvolta la normativa nazionale sia

²⁴⁶ Il c.d. meccanismo dell'*upgrading* consente, così, di aumentare la tutela prevista sul piano nazionale, conformandola ad un più elevato grado di protezione. Mentre la c.d. *eliminatory function* si traduce in un giudizio di legittimità basato sul confronto della norma interna con il principio di effettività. Per l'analisi di questo tema si rinvia a: D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela: una casistica*, cit., p. 85 ss.; N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014, p. 91 ss.. Un'interessante

strutturata in modo da rendere eccessivamente gravosa la posizione di origine sovranazionale; oppure quando essa crei una ingiustificata differenza di trattamento rispetto a posizioni di origine interna.

Ma l'effettività non si riduce solo a quanto esposto, è un concetto che non esaurisce la sua funzione nel ruolo di criterio di interpretazione e attuazione delle norme europee. La forza dirompente di questo principio investe, anche e necessariamente, il tema del ruolo del giudice e dei suoi poteri, soprattutto in una materia come quella consumeristica.

In questa sede, pertanto, la riflessione sul principio di effettività è propedeutica a indagare se la nullità di protezione, come congegnata dall'art. 36 cod. cons., cioè come rimedio meramente caducatorio, sia in grado di assicurare sempre una tutela effettiva, qualunque sia il tipo di clausola investito del giudizio di abusività. Occorre, pertanto, spostare il piano di indagine dal tema dell'interpretazione al tema dei poteri di controllo del giudice sul contratto.

In quest'ottica, il principio di effettività potrebbe venire in gioco – ed è da taluni invocato in questo senso, come si vedrà - anche come sostrato di possibili interventi integrativi, sostitutivi e/o correttivi. Se, per un verso, questa impostazione, certo, allontana molto il rimedio invalidatorio dalle regole tradizionali, per altro verso, la stessa si spiega proprio in funzione delle esigenze sottese alle nuove “strategie rimediali”²⁴⁷.

3. Il principio di proporzionalità.

A fianco del principio di effettività, sta prendendo corpo, nella materia in esame, un altro importante canone interpretativo-applicativo, cioè il principio di proporzionalità. Ma, a differenza del primo, quest'ultimo non è accolto, unanimemente, in dottrina e giurisprudenza,

applicazione della funzione dell'*eliminatory function* svolta dal principio di effettività è rappresentata da alcune pronunce rese dalla Corte di Giustizia proprio in relazione alla disciplina consumeristica. Nel caso *Cofidis* (Corte di Giustizia, 21 novembre 2002, causa C-473/2000, *Cofidis*, cit.) la Corte è intervenuta a eliminare un ostacolo processuale alla tutela di posizioni di rilievo sovranazionale, affermando che «una norma processuale che vieti al giudice nazionale, alla scadenza di un termine di decadenza, di rilevare d'ufficio o a seguito di un'eccezione sollevata da un consumatore l'abusività di una clausola la cui esecuzione viene richiesta dal professionista è idonea a rendere eccessivamente difficile nelle controversie in cui i consumatori sono convenuti, l'applicazione della tutela che la direttiva intende loro garantire». La sentenza sul caso *Pannon* (Corte di Giustizia, 4 giugno 2009, causa C-243/2008, *Pannon*, cit.), invece, rappresenta un significativo esempio dell'effetto conformativo che la normativa comunitaria esercita sull'opera interpretativa dei giudici nazionali, laddove riconosce al giudice il potere-dovere di esaminare d'ufficio l'abusività di una clausola contrattuale, sulla base di tutti gli elementi di diritto e di fatto raccolti nel processo, senza che le caratteristiche specifiche del procedimento giurisdizionale possano costituire un limite alla tutela giuridica spettante al consumatore.

²⁴⁷ Cfr. G. VETTORI, *Diritto europeo e tutele contrattuali*, cit., p. 92. In questo ordine di idee anche: G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante diritto dispositivo*, cit., p. 213 ss.; S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, cit..

con particolare riguardo alla disciplina contrattuale, e questo è all'origine di una disputa sul diverso modo di intendere il margine di azione dei poteri del giudice.

Pacifica è, infatti, la rilevanza del principio di proporzionalità nell'ambito dei rapporti verticali tra Stato e cittadino. Meno certa e chiara è, invece, l'incidenza del medesimo nei rapporti orizzontali tra cittadini, con particolare riferimento al rapporto contrattuale. Quest'ultimo è l'aspetto che qui si intende approfondire in funzione dello sviluppo della questione in esame.

Si ricorda, brevemente, che, livello internazionale, il principio di proporzionalità è, da tempo, acquisito quale strumento idoneo ad assicurare un corretto bilanciamento tra interessi da perseguire e mezzi impiegati per realizzarli, sì da evitare che questi ultimi si traducano in una situazione di “eccesso di potere” discrezionale da parte dei soggetti pubblici²⁴⁸.

Tale è l'importanza di questo principio che, in ambito europeo, esso trova esplicita enunciazione nell'art. 5 T.U.E., ove si stabilisce che, in forza del canone di proporzionalità, «il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati»; si precisa, inoltre, che «le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità»²⁴⁹.

Attualmente, è, dunque, pacifico che la proporzionalità costituisca un principio generale del diritto comunitario, vincolante per tutte le normative nazionali.

Nonostante questo esplicito riconoscimento, tuttavia, il principio, in origine, non era menzionato nel Trattato di Roma, ma, in prima battuta, è stato elaborato dalla giurisprudenza Corte di Giustizia²⁵⁰, su imitazione del diritto tedesco, e, solo successivamente, è stato

²⁴⁸ Si rinvia agli studi di: G. VENTURINI, *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare nel diritto internazionale*, Milano, 1989; E. CANNIZZARO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, p. 12 ss.. In particolare, il principio di proporzionalità trova spesso applicazione in sede di tutela dei diritti dell'uomo, in materia di diritto bellico e di uso della forza internazionale.

²⁴⁹ Per un commento sulle fonti sovranazionali del principio si vedano: N. EMILLOU, *The principle of proporzionalità in European Law. A comparative study*, London, 1996; M. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 1999; G. VILLANACCI, *Ragionevolezza e proporzionalità nella rilevazione delle situazioni di riduzione ex officio della clausola penale*, in *Juscivile*, 2017, 6, p. 683 ss.. Si ricorda che l'elaborazione comunitaria del principio di proporzionalità è debitrice degli studi tedeschi, atteso che esso trova la sua prima e compiuta disciplina nel diritto amministrativo prussiano, come criterio generale dell'azione amministrativa. Nel diritto tedesco, in particolare, il concetto di proporzionalità si compone di tre nozioni in stretta connessione tra loro, ossia l'idoneità (*Geegignetheit*), la necessità (*Erforderlichkeit*) e la vera e propria proporzionalità (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*). Cfr. L. HIRSCHBERG, *Das Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen, 1981, p. 40 ss.; E. STEIN, *Staatrecht*, Tubinga, 1991, p. 160 ss.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., p. 16 ss.; F. CASUCCI, *Il sistema giuridico “proporzionale” nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, p. 60 ss..

²⁵⁰ Tra le molte sentenze, si ricordano: Corte di Giustizia, 22 gennaio 1976, causa C-55/1975, *Balkam-Import-Export BambH*, *Racc.*, 1976, p. 19 ss.; Corte di Giustizia, 24 settembre 1984, causa C-181/1984, *Man Sugar*, *Racc.*, 1985, p. 2889, §2; Corte di Giustizia, 26 novembre 1986, causa C-21/1985, *Maas & Co. NV*, *Racc.*, 1986, p. 3537; Corte di Giustizia, 13 novembre 1990, causa C-331/1998, *Fedesa e altri*, *Racc.*, 1990, I, p.

recepito a livello normativo. Esso è stato desunto dal divieto di abuso del diritto esistente nel diritto internazionale pubblico, dove veniva in considerazione come parametro non scritto per la valutazione di validità degli atti espressione dell'azione amministrativa. In questo senso, tale principio operava come limite agli interventi delle istituzioni comunitarie e delle autorità nazionali, esigendo che i relativi atti siano idonei a raggiungere lo scopo perseguito e non eccedano quanto necessario a tal fine.

Un importante passaggio nell'evoluzione del contenuto di questo principio si registra a partire dal momento in cui la proporzionalità viene applicata dai giudici anche come criterio per verificare il carattere non arbitrario della differenza di trattamento, a livello normativo, tra situazioni simili. In tal modo, i giudici instaurano un collegamento tra il principio di proporzionalità e il principio di eguaglianza-non discriminazione, quest'ultimo sancito da numerose disposizioni del Trattato CE, al fine di garantire adeguata tutela ai diritti e alle libertà individuali riconosciuti a livello comunitario²⁵¹.

Ma, anche in questo contesto, la nozione di proporzionalità resta elastica e sfuggente, in quanto frutto di un giudizio comparativo i cui esiti non sono fissi e predeterminati, bensì suscettibili di mutare in relazione alle caratteristiche del caso concreto.

Nel contempo, il contenuto del principio di proporzionalità viene ampliato nel momento in cui è posto in rapporto con il principio di sussidiarietà, che rappresenta un canone fondamentale per stabilire quali siano le competenze comunitarie e quelle riservate ai singoli Stati²⁵². In questo contesto, la proporzionalità diviene, addirittura, il presupposto per l'applicazione del principio di sussidiarietà, nel senso che l'esercizio di una competenza concorrente, da parte della Comunità, è considerato non congruo ogniqualvolta non sia rispettata la regola di sussidiarietà. Laddove, dunque, la Comunità sia competente a intervenire nella regolamentazione di una certa materia, essa è tenuta ad adottare misure proporzionali, cioè misure che esprimano il miglior equilibrio nel rapporto tra mezzi e fini.

Questo retroterra giuridico comunitario del principio è all'origine del recepimento che dello stesso è avvenuto nell'ordinamento italiano. La proporzionalità fa la sua comparsa, per la prima volta, in una sentenza della Corte Costituzionale del 1960, in cui tale concetto è già *in nuce*, benché legato a quello di ragionevolezza²⁵³. La Consulta ravvisa una violazione del

4023 ss.. In particolare, la Corte ha tentato di definire il principio in esame affermando che per stabilire se una disposizione di diritto comunitario è conforme al principio di proporzionalità, si debbano valutare due elementi. Da un lato, occorre verificare se i mezzi impiegati per perseguire lo scopo corrispondano all'importanza dell'obiettivo fissato. Dall'altro, deve valutarsi se tali mezzi siano anche necessari al perseguimento dello scopo specifico. Si richiama l'analisi di M. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 157 ss., in particolare v. p. 167.

²⁵¹ Corte di Giustizia, 11 luglio 1974, causa C-11/1974, *Union des Minotiers de Champagne*, Racc., 1974, p. 877 ss.; Corte di Giustizia, 29 maggio 1997, causa C-400/1995, *Helle Elisabeth Larsson*, Racc., 1997, I, p. 2774 ss.; Corte di Giustizia, 12 maggio 1998, causa C-85/1996, *Martinez Sala*, Racc., 1998, I, p. 2691 ss..

²⁵² Corte di Giustizia, 3 luglio 1980, causa C-157/1979, *Regina*, Racc., 1980, p. 2171 ss..

²⁵³ Si tratta di Corte Cost., 19 giugno 1990, n. 15, in *Gazz. Uff., serie speciale*, 1960, n. 36. Si veda A. ANZON,

principio di eguaglianza *ex art. 3 Cost.* ogniqualvolta una disposizione legislativa riservi un trattamento differenziato a cittadini che si trovano in situazioni uguali, senza che questa diversità sia sorretta da un ragionevole motivo.

Per lungo, tempo, tuttavia, il sindacato di ragionevolezza rimane confuso e sovrapposto con il giudizio di proporzionalità. Solo a partire dagli anni Novanta, la proporzionalità acquista autonoma dignità rispetto al concetto di ragionevolezza, in linea con l'evoluzione normativa a cui, in quegli anni, è andata incontro la disciplina dell'azione amministrativa²⁵⁴.

In quello stesso periodo, non a caso, si salda il legame tra proporzionalità e diritto amministrativo, in quanto viene adottata la legge n. 241/1990 sul procedimento amministrativo, il cui art. 1 contiene il rinvio, oltre che ai criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza, anche ai principi unionali, quali canoni ai quali ispirare la regolamentazione dell'azione amministrativa. Tra questi principi è certo riconducibile quello di proporzionalità, il quale impone di accertare che le modalità di esercizio del potere amministrativo non eccedano quanto necessario al perseguimento degli interessi generali fissati dalla legge.

Anche nell'ordinamento italiano, dunque, il primo e immediato ambito di applicazione del principio di proporzionalità è rappresentato dalla disciplina dei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini²⁵⁵.

Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza, in SS.VV., *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Milano, 1992, p. 32 ss..

²⁵⁴ Oggi, è pacifico che proporzionalità e ragionevolezza sono due concetti nettamente distinti, benché destinati a intersecarsi tra loro. La proporzionalità evoca l'idea della giusta proporzione, della congruità e, quindi, opera come un parametro di valutazione che presuppone già risolto, a monte, il giudizio di ragionevolezza, da intendere come giudizio qualitativo sulla "astratta giustificabilità" della norma. A riguardo, autorevole dottrina precisa che il controllo di proporzionalità è strettamente legato a quello di ragionevolezza, benché «non sempre ciò che è proporzionato è ragionevole, come non necessariamente una sproporzione "quantitativa" è irragionevole. Tutto questo secondo un giudizio non rimesso alla libera discrezionalità dell'interprete, ma da esprimere in coerenza con il principio di legalità costituzionale. Non arbitrio, dunque, ma decisione secondo autorevolezza». In questi termini, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 2, p. 341, i cui approfonditi studi sul tema mettono in evidenza che il principio di proporzionalità «si inserisce in un processo di trasformazione del principio di legalità, di conformità al diritto, quale espressione di un assetto generale dell'ordinamento fondato sulla costante ricerca di mediazione tra esigenze di certezza del diritto e di giustizia sostanziale». Nel contempo, l'Autore osserva che se, da un lato, il principio in esame consente, indubbiamente, un intervento giudiziale più attivo nella produzione del diritto, dall'altro, esso costituisce un parametro quantitativo più vincolante della sua arbitarietà. Egli ha anche cura di precisare che la proporzionalità non si identifica con l'equivalenza tra le prestazioni, bensì viene in considerazione al fine di «evitare una sproporzione macroscopica e ingiustificata tra queste». Sul tema, si vedano anche: G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, cit., p. 259 ss.; L. BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964 c.c., p. 210 ss.; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., p. 172 ss.; A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, p. 312 ss.; G. VILLANACCI, *Ragionevolezza e proporzionalità nella rilevazione delle situazioni di riduzione ex officio della clausola penale*, cit., p. 683 ss..

²⁵⁵ Il tema è stato largamente studiato dalla dottrina amministrativistica. Si vedano, in particolare, i contributi di: U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Milano, 1965; A. SANDULLI, *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità – Profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, p. 329; ID., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit.; D.U. GALETTA, *Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 1994, 1, p. 142 ss.; S. MAZZAMUTO, *Legalità e*

Si discute, però, da tempo, circa l'opportunità di applicare tale principio anche in ambito privatistico e, in particolare, nella materia contrattuale. La soluzione di tale questione non ha un rilievo puramente teorico, ma anche spiccatamente pratico, in quanto avrebbe un impatto importante soprattutto sull'articolazione delle tutele a favore del consumatore, in connessione, peraltro, con il principio di effettività. Anzi, proprio l'operare sinergico dei due principi potrebbe costituire la base su cui ipotizzare e giustificare il riconoscimento di poteri di intervento del giudice sul contratto, in funzione modificativa.

Secondo un primo orientamento, l'applicabilità del principio di proporzionalità in materia contrattuale sarebbe desumibile dalla rilevanza degli altri principi e delle clausole generali che governano la disciplina del contratto e che, più in generale, incidono sull'autonomia negoziale dei privati, conformandola e limitandola²⁵⁶. In particolare, esso si legherebbe ai concetti di eguaglianza, di solidarietà e di ragionevolezza.

Non a caso, questa dottrina individua i referenti costituzionali del principio in disposizioni quali l'art. 53 Cost., secondo cui tutti i cittadini sono tenuti a concorrere alla spesa pubblica “*in proporzione*” alla loro capacità contributiva; l'art. 36 Cost., secondo cui il lavoratore ha diritto a una retribuzione “*proporzionata*” alla quantità e qualità del lavoro prestato; l'art. 38 Cost., in cui si enuncia il principio contributivo in tema di previdenza, assicurando ai lavoratori “*mezzi adeguati alle loro esigenze di vita*”; ancora, si ricorda l'art. 97 Cost., relativo al buon andamento e all'imparzialità dell'azione amministrativa.

Non solo, ma il principio in esame sarebbe desumibile anche dalle stesse norme codicistiche. In particolare, vi è chi osserva che l'operatività del canone di proporzionalità, nel sistema del libero mercato, potrebbe essere invocata proprio in relazione allo strumento principe degli scambi economici, cioè il contratto, come numerose disposizioni sembrano confermare²⁵⁷.

proporzionalità temporale dell'azione amministrativa: prime osservazioni, in *Foro amm.*, 1993, p. 1739 ss.; I. ZINGALES, *Disapplicazione da parte del giudice amministrativo di prescrizioni regolamentari dei bandi di gara contrastanti con normativa primaria e con il principio di proporzionalità*, in *Foro amm.*, 1998, p. 2457 ss.; A. ATTANASIO, *Principio di proporzionalità dell'azione amministrativa e libertà fondamentali*, in *Merito*, 2004, 10, p. 106 ss.; V. PARISIO, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, in *Nuove autonomie*, 2006, p. 717 ss..

²⁵⁶ In tal senso, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 338 ss.; M. PENNASILICO, *La correzione giudiziale dei contratti*, cit., p. 179 ss.; F. CRISCUOLO, *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, Napoli, 2003, p. 137 ss.; F. CASUCCI, *Il sistema giuridico proporzionale nel diritto privato comunitario*, cit., p. 378 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 184 ss.

²⁵⁷ Cfr. P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 338 ss.; ID., “*Controllo*” e “*conformazione degli atti di autonomia negoziale*”, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 1, p. 219 ss., il quale ritiene che dall'analisi del dato normativo sia codicistico, che speciale, nonché dall'analisi del quadro costituzionale, sia possibile desumere il superamento di quella impostazione dottrina che esclude la vigenza del principio di proporzionalità. Per questi motivi, non avrebbero ragion d'essere i timori legati all'applicazione diretta di principi, come la proporzionalità, in tema di controllo degli atti di autonomia negoziale. Ciò sull'assunto che il principio di proporzionalità non nega la libertà di regolamentazione dei privati, bensì impone che l'esercizio della stessa avvenga in conformità ai valori fondamentali dell'ordinamento. Per questi motivi, l'Autore perviene alla conclusione secondo cui, il principio di

Il riferimento è a quelle fattispecie in cui la sussistenza di uno squilibrio contrattuale, come nei casi di rescissione per lesione o di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, viene sanzionata, in nome del principio di proporzionalità, con il meccanismo della riduzione a equità del contratto. Ancora, si invocano le norme in tema di gravità dell'inadempimento, come gli artt. 1480, 1492 e 1668 c.c., nonché le norme che fanno riferimento alla proporzione tra debito e garanzia, come gli artt. 2873, comma 2, e 2875 c.c..

A maggior ragione, in quest'ottica, il principio di proporzionalità troverebbe ulteriore e implicito riconoscimento nell'art. 1384 c.c. sulla riduzione della penale manifestamente eccessiva²⁵⁸. Benché si tratti di disposizione estranea alla disciplina della nullità, essa è, però, significativa per analizzare i margini di intervento giudiziale sul contratto squilibrato. Secondo questa impostazione, infatti, il potere del giudice di ridurre la penale consentirebbe di verificare la rispondenza dell'autonomia contrattuale proprio con il principio in esame, oltre che con la meritevolezza delle posizioni soggettive coinvolte²⁵⁹.

In base all'impostazione descritta, la proporzionalità assurgerebbe a principio di carattere generale, espressione dell'ordine pubblico economico, tanto da consentire al giudice di poter operare un controllo sugli atti di autonomia negoziale sperequati, coerentemente con il ritenuto superamento del dogma della intangibilità della volontà. È evidente come, in questa prospettiva, la riduzione della penale sia stata da taluni considerata un sintomatico esempio dell'ammissibilità dei poteri correttivi del giudice sul contratto, ogniqualvolta l'autonomia privata si eserciti in contrasto con il canone della proporzionalità e della giustizia contrattuale.

A riguardo, affermano le Sezioni Unite che *«il potere conferito al giudice dall'art. 1384 c.c., di ridurre la penale manifestamente eccessiva, è fondato sulla necessità di correggere il potere di autonomia privata riducendolo nei limiti in cui opera il riconoscimento di essa, mediante l'esercizio di un potere equitativo che ristabilisca un congruo temperamento degli interessi contrapposti valutando l'interesse del creditore all'adempimento, cui ha*

proporzionalità «costituisce uno di quei momenti normativi di rilevanza assiologica i quali contribuiscono a recuperare coerenza ed efficienza al sistema giuridico e corretta competitività concorrenziale al mercato, nel giusto equilibrio tra libertà e solidarietà, tra libertà e meritevolezza dei contenuti». In tal senso anche: E. CAPOBIANCO, *L'equilibrio economico nei contratti dei consumatori*, cit., p. 281; F. GALGANO, *Sull'equitas delle prestazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 421 ss..

²⁵⁸ Sul tema cfr.: V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954; A. MAGAZZÙ, voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 186 ss.; E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 511 ss.; A. MARINI, voce *Clausola penale*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991; M. DE LUCA, *La clausola penale*, Milano, 1998; S. MAZZARESE, *Clausola penale*, nel *Commentario del codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999; A. RICCIO, *E', dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 95 ss.; R. CALVO, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 297 ss.;

²⁵⁹ In tal senso: G. VILLANACCI, *Ragionevolezza e proporzionalità nella rilevazione delle situazioni di riduzione ex officio della clausola penale*, cit., p. 92-293; D. RUSSO, *La correzione della caparra iniqua tra buona fede e proporzionalità*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 958 ss., secondo il quale, la regola dell'art. 1384 c.c. «lungi dall'essere eccezionale, riflette il principio di proporzionalità che caratterizza tutti i “contratti asimmetrici” o “con contenuto iniquo imposto”».

diritto, tenendosi conto dell'effettiva incidenza di esso sull'equilibrio delle prestazioni e sulla concreta situazione contrattuale»²⁶⁰.

L'art. 1384 c.c., dunque, non prospetterebbe soltanto un rimedio a tutela del contraente, ma esprimerebbe l'interesse generale dell'ordinamento al rispetto dei principi di buona fede e correttezza, oltre che di proporzionalità. Di conseguenza, si dovrebbe ammettere l'applicazione analogica della disposizione anche ad altre fattispecie, espressive della medesima esigenza di controllo dell'autonomia negoziale, come la caparra confirmatoria e la caparra penitenziale.

Un ulteriore argomento addotto a sostegno di questa tesi viene ravvisato, poi, in una serie di norme di settore, in cui sembrano essere previsti congegni di controllo in funzione di riequilibrio. Il riferimento è, prima di tutto, alla disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, ma anche a quella dell'usura e della subfornitura, cioè a fattispecie contrattuali caratterizzate da parti dotate di forza diversa, tanto da avvicinare tali relazioni squilibrate a quel rapporto tra pubblica amministrazione e privati in cui il principio di proporzionalità si è sviluppato *ab origine*.

Da ultimo, i fautori di questa impostazione segnalano la disciplina dei contratti aventi a oggetto la cessione di prodotti agricoli e agroalimentari. L'art. 62, comma 1, del d.l. n. 1/2012 (convertito in legge n. 27/2012) dispone che, in questa materia, i contratti *«devono essere informati ai principi di trasparenza, correttezza e proporzionalità e reciproca corrispettività delle prestazioni»*.²⁶¹ Così statuendo, il legislatore sembra aver enunciato in modo espresso tanto il principio di proporzionalità, quanto il principio di reciproca corrispettività, riconoscendo, implicitamente, al giudice un potere correttivo sul contratto, funzionale proprio *«a ovviare alle disparità abusive e a ripristinare la corretta proporzionalità tra le prestazioni»*²⁶².

²⁶⁰ Cfr. Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, 11, p. 2985 ss., con nota di A. PALMIERI, *Supervisione sistematica delle clausole penali: riequilibrio (coatto e unidirezionale) a scapito dell'efficienza?*, e di A. BITETTO, *Riduzione "ex officio" della penale: equità a tutti i costi?*; in *Danno e resp.*, 2006, p. 411 ss., con nota di C. MEDICI, *Controllo sulla penale "manifestamente eccessiva" ed equilibrio degli scambi contrattuali*, e di A. RICCIO, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*; in *Eu. dir. priv.*, 2006, p. 353 ss, con nota di G. SPOTO, *La clausola penale eccessiva tra ridicibilità di ufficio ed eccezioni di usura*; in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 56 ss., con nota di G. SCHIAVONE, *Funzione della clausola penale e potere di riduzione da parte del giudice*. Con questa sentenza, le Sezioni Unite, proprio argomentando sulla base dell'interesse generale dell'ordinamento al rispetto dei citati principi, riconoscono al giudice il potere di rilevare d'ufficio lo squilibrio della penale.

²⁶¹ Tra i primi commenti alla disposizione: R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, in *Riv. dir. alim.*, 2012, 4, p. 1 ss.; F. BARTOLINI e A.M. BENEDETTI, *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, p. 641 ss.; M. IMBRENDA, *La nuova disciplina dei contratti del mercato agroalimentare*, in M. Pennasilico (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, Napoli, 2016.

²⁶² Le considerazioni sono di M. PENNASILICO, *La correzione giudiziale dei contratti*, cit., p. 206-207, il quale ravvisa nella disciplina dei contratti agroalimentari uno dei dati normativi dai quali desumere il mutamento dell'impostazione tradizionale, secondo la quale il nostro ordinamento si disinteresserebbe del principio di proporzionalità tra le prestazioni contrattuali e, quindi, del tema dell'equilibrio tra le stesse.

È evidente, indubbiamente, che il canone della proporzionalità può aprire lo spazio a nuove prospettive di intervento giudiziale sul contratto. A coloro che guardano con sfavore a siffatto sindacato giudiziale ispirato al criterio di proporzionalità viene, in genere, replicato che i timori di un arbitrio del giudice sono scongiurati dal carattere più rigido e vincolante della nozione stessa di proporzionalità, rispetto ad altre clausole generali, *in primis* la buona fede.

Ma è proprio la buona fede il canone che viene invocato, *a contrario*, da quanti contestano l'autonoma rilevanza del principio di proporzionalità quale criterio di controllo dell'equilibrio contrattuale.

Autorevole dottrina evidenzia, al riguardo, che lungi dal poter considerare la proporzionalità come principio gerarchicamente superiore e distinto rispetto alla clausola generale di buona fede, sia proprio quest'ultima a svolgere una funzione centrale, rispetto alla quale la prima rileverebbe in funzione puramente ancillare²⁶³.

In particolare, è stato osservato come, nell'attuale sistema sovranazionale e nazionale, non vi siano ancora certezze in ordine al carattere autonomo del principio di proporzionalità; tutto al contrario rispetto alla clausola di buona fede, la cui importanza sarebbe confermata in numerosi testi di principi, nonché in varie fonti normative, a partire dalla Direttiva sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori. Ancor più esplicito, in questa lettura, sarebbe il testo dei Principi *Unidroit* che, pur nella sua rilevanza di normativa di indirizzo, prevede espressamente all'art. 3:10 che «*il giudice può adattare il contratto (...) in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza nel commercio*»; similmente, l'art. 4:109 dispone che «*il giudice può, ove il rimedio sia adeguato, modificare il contratto in modo da metterlo in armonia con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza*».

Non solo, anche a livello nazionale, vi sarebbero numerose disposizioni dalle quali poter desumere il ruolo della buona fede non solo quale criterio di integrazione del contratto, ma anche come limite generale all'esercizio dell'autonomia negoziale e, dunque, come strumento di controllo dell'equilibrio contrattuale. Basti pensare alle norme in tema di usura, di subfornitura e di contratti di garanzia finanziaria, nei quali proprio la buona fede consente al giudice di intervenire sul governo del contratto.

Alla luce di siffatte previsioni, dunque, la buona fede apparirebbe l'unico criterio invocabile in funzione del superamento dello squilibrio contrattuale e dell'autointegrazione dell'assetto di interessi diviso dai privati, poiché solo una clausola generale di questo tipo sembra in grado di tenere conto di tutte le circostanze del caso concreto²⁶⁴.

²⁶³ In tal senso cfr.: G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., p. 17 ss.; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, p. 336 ss..

²⁶⁴ In questo senso è anche C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, Prefazione all'edizione italiana de

Le due illustrate posizioni sul ruolo del principio di proporzionalità in materia contrattuale sono, dunque, agli antipodi e, forse, una soluzione interpretativa intermedia appare preferibile.

Si può osservare che le considerazioni da ultimo riportate sono certamente persuasive. Nel contempo, tuttavia, è innegabile l'emersione di un concetto parzialmente difforme da quello di buona fede, che, altrettanto, potrebbe contribuire a rendere effettivo ed efficace l'intervento giudiziale sul contratto. Muovendo da questa prospettiva, non parrebbe incoerente evocare una lettura di compromesso tra le due posizioni riportate: cioè considerare la buona fede e la proporzionalità non come concetti del tutto antitetici, ma come due concetti egualmente rilevanti, di cui il secondo potrebbe essere visto come uno sviluppo collaterale del primo²⁶⁵. Con la conseguenza che, dal punto di vista applicativo, un concetto come quello di proporzionalità potrebbe essere invocato a fronte di gravi situazioni di squilibrio contrattuale, che necessitano di un intervento giudiziale di riconduzione a proporzione delle prestazioni; mentre, a completamento del sindacato del giudice, la buona fede verrebbe in considerazione ogniqualvolta si renda necessario stigmatizzare comportamenti contrari a correttezza e solidarietà.

4. La buona fede contrattuale.

Le brevi considerazioni sopra svolte sulla buona fede e sul suo rapporto con il criterio di proporzionalità meritano, ora, di essere approfondite nell'ottica di analizzare il ruolo della stessa come possibile strumento di intervento del giudice sul contratto in funzione integrativa e/o correttiva dello stesso.

La clausola generale di buona fede è presente in modo centrale nel diritto europeo²⁶⁶, quale «*standard of conduct characterized by honesty, openness and consideration for interests of*

Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I e II, Milano, 2001, p. XIII ss.; P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001; V.M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale dei contratti*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 308 ss..

²⁶⁵ Si vedano le considerazioni di C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 39-42.

²⁶⁶ Sul tema specifico si vedano: F. MARRELLA, *Lex mercatoria e Principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto internazionale*, in *Contr. e impr. Europa*, 2000, p. 29 ss.; O. LANDO, *Lo spirito dei Principi del diritto contrattuale europeo*, Il codice civile europeo, Materiali e seminari 1999-2000, raccolti da G. Alpa e E.M. Buccico, Milano, 2001, p. 41 ss.; G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, 2^a ed., Padova, 2001; G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, cit., p. 915 ss.; L. GAROFALO (a cura di), AA.VV., in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, Padova, 2003; M.E. STORME, *Good Faith and the contents of Contracts in European Private Law*, *European Private Law*, 2003; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 489 ss..

the other party to the transaction or relationship in question»²⁶⁷.

Essa viene in considerazione, innanzitutto, in varie disposizioni nell'ambito del codice europeo dei contratti, assieme ad altre regole e principi che svolgono la funzione di strumenti di interpretazione e integrazione del contratto. Si ricordano: l'art. 32 che, nel prevedere le clausole implicite, afferma che concorrono alla formazione del contenuto del contratto tutte le clausole derivanti dal generale dovere della buona fede; e l'art. 39, in cui si richiama la buona fede come strumento di analisi del testo contrattuale e di valutazione degli elementi extratestuali dell'atto.

Alla buona fede fanno riferimento anche i Principi di diritto europeo dei contratti. In particolare l'art. 1.106 la richiama con riferimento alla interpretazione del contratto, affermando la necessità di promuovere la buona fede e la correttezza; nel contempo, l'art. 5.102 invoca queste ultime come criteri per una giusta interpretazione del contratto.

I numerosi contesti in cui la clausola in esame viene in gioco, nel sistema eurounitario, hanno indotto la dottrina a ritenere che la buona fede di matrice europea costituisca una sintesi delle varie nozioni di buona fede elaborate dagli ordinamenti nazionali degli Stati membri, così da facilitare gli scambi economici²⁶⁸. Nella prospettiva europea, dunque, queste disposizioni vanno lette in una chiave più avanzata, in quanto la clausola di buona fede svolge la primaria funzione di ridurre le differenze più spiccate tra le diverse legislazioni nazionali, nell'ottica dell'armonizzazione del diritto europeo. In effetti, come è stato acutamente osservato²⁶⁹, l'utilizzo di clausole generali, come quella in esame, costituisce lo strumento che meglio di altri consente di riconoscere al giudice quella discrezionalità e quella autonomia necessarie e sufficienti a contemperare il formalismo degli ordinamenti di *civil law* con la

²⁶⁷ Questa è la definizione di buona fede che viene data dal *Draft Common Frame of Reference* all'art. I.1:103, co. 1, nonché dalla Proposta di Regolamento sulla vendita all'art. 2, lett. b). In questo senso, il concetto di buona fede si distingue nettamente da quello di ragionevolezza, a cui fanno riferimento tanto i Principi Lando all'art. 1:302, tanto il *DCFR* all'art. I.1:104 e la Proposta di Regolamento sulla vendita all'art. 5 *Annex I*. Come è stato osservato in dottrina, si tratta, certamente, di due concetti diversi, ma non in conflitto tra loro, bensì coordinati e in reciproca collaborazione nell'attività di interpretazione e integrazione del contratto. In questa prospettiva, la buona fede funge da parametro assiologico, dettando regole di comportamento, mentre la ragionevolezza misura l'esigibilità della condotta in relazione alle regole di comportamento e alla luce delle circostanze in cui il contratto è stato concluso, degli usi, delle pratiche commerciali, nonché della natura e dello scopo del contratto. In questo senso E. NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eu. dir. priv.*, 2012, 4, p. 974, secondo la quale «la ragionevolezza assicura la più profonda coerenza del contratto con la dimensione economico-sociale in cui esso concretamente vive attraverso le scelte di soggetti autoresponsabili. La buona fede conferisce all'istituto quel volto umano che rende il contratto compatibile con i valori della giustizia».

²⁶⁸ Cfr. I. MUSIO, *Breve analisi comparata sulla clausola generale della buona fede*, in www.comparazionecivile.it.

²⁶⁹ Cfr. E. NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, cit., p. 955, la quale osserva che «il processo di avvicinamento fra le diverse normative europee predilige regole facilmente condivisibili, in virtù del loro contenuto non dettagliato e della loro familiarità rispetto alla maggior parte degli ordinamenti. Al contempo, il bisogno di assecondare l'apparente ossimoro di un'uniformità rispettosa delle specificità locali rinviene nella flessibilità delle clausole generali e degli standard la possibilità di utilizzare un criterio aggregante capace di riflettere le peculiarità nazionali e regionali».

logica giurisprudenziale di quelli di *common law*.

Questa esigenza è ancora più evidente se si considera che un'ulteriore, e forse la principale, fonte della clausola generale di buona fede, nel diritto europeo, è rappresentata dalle varie direttive comunitarie che gli Stati membri debbono farsi carico di recepire, a partire da quella sui contratti dei consumatori.

Non a caso, con particolare riguardo all'oggetto di analisi del presente lavoro, la centralità della buona fede, in ambito eurounitario, emerge, *ictu oculi*, dall'art. 33 cod. cons., che, in attuazione della Direttiva n. 93/13/CEE²⁷⁰, richiama la stessa come criterio di valutazione della vessatorietà della clausola.

La disposizione è stata, però, a lungo oggetto di dubbi interpretativi.

A riguardo, il testo originale della Direttiva è subito apparso a molti inequivocabile nel senso di considerare la buona fede in accezione oggettiva, cioè come divieto di abuso del potere negoziale per imporre clausole vessatorie alla controparte, su imitazione della normativa tedesca in cui essa viene vista come precetto che «*impone al predisponente di esercitare il suo potere in conformità del principio di equità*».

Nel nostro ordinamento, invece, la non felice traduzione del testo francese della Direttiva (“*en dépit de l'exigence de bonne foi*”) con la locuzione “*malgrado la buona fede*”²⁷¹ ha reso difficoltoso stabilire se la buona fede venga in considerazione in senso soggettivo, cioè come consapevolezza di non ledere l'altrui diritto, ovvero, in senso oggettivo, cioè come divieto di abusare del potere negoziale per imporre clausole vessatorie alla controparte.

La dottrina maggioritaria tende a ricostruire la nozione in esame in termini oggettivi, coerentemente anche con la versione inglese della disposizione (“*contrary to the requirement of good faith*”), nonché con la versione tedesca della stessa (“*entgegen dem Gebot von Treu und Glauben*”). Non solo, siffatta soluzione interpretativa appare in linea anche con considerazioni di ordine sistematico, atteso che, nell'ambito del codice civile, la buona fede soggettiva trova spazio solo in tema di acquisti *a non domino*, e mai in materia contrattuale²⁷².

²⁷⁰ In questa materia, la buona fede opera come criterio di valutazione generale dell'atto negoziale. Nel considerando n. 16 si legge che «la valutazione del carattere abusivo di clausole (...) deve essere integrata con uno strumento idoneo ad attuare una valutazione globale di vari interessi in causa». Il riferimento è al requisito della buona fede, il cui impiego come criterio di valutazione del contratto richiede di tenere conto, altresì, della forza delle rispettive posizioni delle parti, della possibilità che il consumatore sia stato in qualche modo incoraggiato a dare il suo consenso alle clausole, della presenza di un ordine speciale del consumatore, del comportamento del professionista.

²⁷¹ Si ricorda, peraltro, che la legge di attuazione della Direttiva (legge n. 52/1996) non recepì fedelmente la locuzione “malgrado il requisito della buona fede”, ma la accorciò in “malgrado la buona fede”, non facendo altro che aumentare le incertezze interpretative. Come è stato acutamente osservato in dottrina, infatti, se la buona fede è un requisito, vuol dire che di essa non si può fare a meno, per cui non si vede come sia possibile prescindere, come, invece, l'avverbio concessivo “malgrado” sembra lasciare intendere. Cfr. M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. e impr./Europa*, 1996, p. 438 ss.; G. DE NOVA, *La tutela dei consumatori nei confronti delle clausole abusive. Il commento*, in *Contr.*, 1993, p. 356 ss..

²⁷² In tal senso: M. TENREIRO, *The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems*, in *Eu.*

Sicché, sia il dato sistematico sia quello testuale, dovrebbero far propendere per la tesi oggettivistica.

D'altra parte, come in precedenza accennato, la correttezza della lettura in termini oggettivi sembra, oggi, suffragata dalla rettifica apportata nel 2015 al testo dell'art. 3, paragrafo 1, della Direttiva n. 93/13, dove, alla locuzione “*malgrado il requisito della buona fede*” è stata sostituita la locuzione “*in contrasto con il requisito della buona fede*”²⁷³. Alla luce di questa novità, allora, non sembrano residuare dubbi sulla possibilità di interpretare la nozione in esame in senso oggettivo, considerandola come parametro di valutazione della vessatorietà.

Ciò posto, si ricorda che, quanto al dibattito in precedenza ricostruito sulla funzione da riconoscere alla buona fede di cui all'art. 33 cod. cons., si preferisce attribuire alla stessa il ruolo di criterio interpretativo dello squilibrio normativo, piuttosto che propendere per la tesi che la considera mera regola di condotta per il professionista ovvero per la tesi che la inquadra come regola di validità²⁷⁴.

Di questo avviso, d'altra parte, sembra essere la stessa Corte di Giustizia, nella recente sentenza sul caso *Aziz*, in cui attribuisce alla buona fede una funzione valutativa *ex post* dello squilibrio normativo, affermando che «*per accertare se lo squilibrio sia creato in contrasto con la buona fede, occorre verificare se il professionista, qualora avesse trattato in modo leale ed equo con il consumatore, avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi che quest'ultimo aderisse alla clausola in oggetto in seguito a negoziato individuale*»²⁷⁵.

dir. priv., 1995, p. 273 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 380 ss.; E. SCODITTI, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti con il consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 1, p. 134 ss.; F. DELLA NEGRA, *Il “fairness test” nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*, cit., p. 1061.

²⁷³ Come ricordato nel primo capitolo, tale rettifica, passata quasi inosservata nel nostro ordinamento, è stata pubblicata il 4 giugno 2015 nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea. Per un primo commento, si veda E. FERRANTE, *Alcune considerazioni “malgrado” o “contro” la buona fede dopo la rettifica della direttiva Ce 13/93*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 2, p. 541 ss., il quale evidenzia, chiaramente, che la rettifica, riallineando la versione italiana tanto ai testi degli altri Stati, quanto al 16° considerando della Direttiva, «la cui piegatura oggettiva è solare (...) toglie, dunque, credibilità a qualsiasi concezione soggettiva della buona fede consumeristica ed accredita, invece, quale unica lettura possibile, quella che l'equipara a lealtà e correttezza, al *Treu und Glauben*». L'Autore, però, si chiede anche se, sotto il profilo formale, occorra un qualche atto di recezione o se la rettifica operi automaticamente nel nostro ordinamento. A riguardo, viene ritenuto condivisibilmente preferibile non adottare alcun atto di recezione, né modificare l'art. 33, comma 1, cod. cons.. Appare sufficiente sottoporre la citata disposizione a una interpretazione conforme, vale a dire nel senso oggettivo di “in contrasto con”, anziché “malgrado”, la buona fede.

²⁷⁴ Propendono per la tesi della regola di condotta: E. SCODITTI, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti con il consumatore*, cit., p. 136 ss.; C. CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità e responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 30 ss.. Tuttavia, il limite di siffatta impostazione è che la prescrizione della buona fede di cui all'art. 33 cod. cons. finisce per costituire un inutile doppione concettuale della regola più generale di buona fede in sede contrattuale, una soluzione questa che, quindi, non risulta appagante. Né, d'altra parte, convince la tesi che configura la buona fede come regola di validità (sostenuta autorevolmente da L. MENGONI, *Problemi di integrazione nella disciplina dei “contratti del consumatore” nel sistema del codice civile*, cit., p. 544 ss.), atteso che la violazione della regola di correttezza non è, di per se sola, indice sintomatico della vessatorietà di una clausola contrattuale, occorrendo che ad essa si affianchi l'ulteriore requisito del significativo squilibrio in senso normativo tra le prestazioni pattuite.

²⁷⁵ Corte di Giustizia, 14 marzo 2013, causa C-415/11, *Mohamed Aziz*, in *Contr.*, 2013, 11, p. 1059 ss, con nota di F. DELLA NEGRA, *Il “fairness test” nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*.

Concepire, dunque, la buona fede come criterio alla stregua del quale valutare la rilevanza dello squilibrio normativo del contratto consente di ammettere che essa venga in gioco in una funzione anche valutativa e correttiva. È questo l'aspetto che si intende approfondire nel prosieguo.

In questa sede, giova osservare che l'importanza del tema si coglie ove si consideri che esso è intimamente correlato alla questione, oggi più che mai aperta, della c.d. giustizia contrattuale. La possibilità, in virtù della buona fede, di rivedere, in un secondo momento, la valutazione in precedenza formulata dalle parti consente, infatti, di promuovere una forma di "giustizia". Si tratta di una verifica che non attiene, evidentemente, alla conformità dell'atto di autonomia negoziale rispetto alle norme di legge, ma si iscrive nel più generale tema dei rapporti tra autonomia privata e ordinamento giuridico e, segnatamente, nella questione dei poteri di intervento del giudice sul regolamento contrattuale.

È oramai condivisa da larga parte degli studiosi del diritto privato europeo l'esigenza di garantire che la costruzione del mercato unico avvenga assicurando obiettivi di giustizia sociale, in grado di imprimere una traccia solidaristica alla disciplina del diritto europeo dei contratti, in linea con i valori e i principi enunciati dallo stesso sistema eurounitario in molteplici documenti²⁷⁶. Si pensi, in particolare, alla Carta di Nizza, che all'art. 13, capo II, sancisce la libertà d'impresa e nel successivo art. 38, capo IV, enuncia la solidarietà, intesa quale garanzia della tutela del consumatore.

Non è un caso, difatti, che il tema della giustizia contrattuale si sia affermato e sviluppato soprattutto nel campo della disciplina consumeristica, dove la buona fede vede dilatate le sue funzioni e sembra venire in considerazione con un duplice ruolo: da un lato, quello di strumento volto a prevenire asimmetrie informative pregiudizievoli per il consumatore, dall'altro quello, di mezzo di correzione delle asimmetrie di potere prodotte dal mercato²⁷⁷.

Sicché, la buona fede è vista come lo strumento migliore per realizzare «*il passaggio da una visione puramente egoista ed individualista del contratto ad una concezione che, più che definirsi in senso stretto altruista, può qualificarsi cooperativa, tale cioè da conferire un volto umano e reale al contratto, garantendo il rispetto della persona e quella giustizia*

²⁷⁶ A riguardo, si rinvia al "Manifesto sulla giustizia sociale in Europa", in cui si legge che «(...) nel costruire un sistema di diritto privato europeo, è necessario garantire che il procedimento politico sia indirizzato verso il raggiungimento di ideali di giustizia sociale. È sbagliato concepire tale progetto come un semplice procedimento di costruzione del mercato, perché il diritto privato determina le norme fondamentali che regolano la giustizia sociale nell'ordinamento del mercato. È necessario riconoscere che i procedimenti istituzionali idonei a costruire un mercato unico per mezzo dell'integrazione negativa oggi non sono più appropriati, in quanto l'Unione europea si sforza di ottenere giustizia per i suoi cittadini» (cfr. AA.VV., *Giustizia sociale nel diritto contrattuale europeo. Un manifesto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 99 ss.).

²⁷⁷ Questa duplice funzione è ben evidenziata da E. NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, cit., p. 966 ss., secondo la quale «alla buona fede compete il duplice obiettivo di razionalizzare e al contempo di correggere il mercato: la *Market-Rational Regulation* e la *Market-Rectifying Regulation*».

commutativa che solo l'uguaglianza sostanziale è in grado di realizzare»²⁷⁸.

Giova precisare che la buona fede così ricostruita, tuttavia, non può operare in una logica propriamente redistributiva della ricchezza e, quindi, non si traduce in un potere giudiziale di controllo esterno sul contenuto economico del contratto attraverso clausole generali. Piuttosto, essa va intesa quale strumento in grado di assicurare la piena razionalità delle scelte dei contraenti.

La giustizia contrattuale, in altri termini, è concetto da tenere distinto da quello di giustizia sociale. Quest'ultima non può che essere affidata a interventi solidaristici di competenza del potere politico, trascendenti la singola operazione negoziale e diretti a garantire l'accesso a beni e servizi primari a favore di soggetti economicamente e socialmente deboli. Questo non esclude, però, che la debolezza sociale ed economica possa riflettersi sulle asimmetrie contrattuali e, dunque, che il contratto sia impermeabile rispetto a istanze solidaristiche; al contrario, il regolamento negoziale, pur potendo produrre, in via indiretta, effetti redistributivi, dovrebbe tendere verso un ideale di giustizia, mirando, in via primaria, ad assicurare la giustizia commutativa.

In considerazione di ciò, attenti studiosi riconoscono alla buona fede la funzione di attribuire al giudice il poter di attuare la giustizia commutativa, mentre della giustizia distributiva dovrebbe farsi carico, esclusivamente, il potere legislativo attraverso specifiche politiche sociali²⁷⁹.

Come illustrato, dunque, il dibattito sulla connessione tra buona fede e giustizia commutativa appare di grande attualità e assume notevole rilievo ai fini del presente lavoro, in quanto tocca il tema dei poteri del giudice sul contratto, consentendo di ipotizzare anche interventi in funzione correttiva del regolamento, soprattutto per effetto di rimedi invalidatori, come la nullità parziale protettiva. La circostanza che le nullità di protezione realizzino finalità non soltanto demolitorie, ma, anche e soprattutto, conformative, consente di riconoscere alle stesse il ruolo di strumenti idonei a realizzare la giustizia contrattuale²⁸⁰; tanto

²⁷⁸ Così E. NAVARRETTA, *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, cit., p. 956-957. In questo ordine di idee: D. KENNEDY, *La funzione ideologica del tecnicismo del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 333 ss.; S. RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, *Lezioni sul contratto*, a cura di A. Orestano, Torino, 2009, p. 116 ss..

²⁷⁹ Si rinvia alle riflessioni, tra gli altri, di: E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, p. 1262 ss.; ID., *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, cit., p. 967-968, secondo la quale, questa funzione della buona fede segna «un confine istituzionale tra i compiti del giudice e i compiti del legislatore nell'attuazione di obiettivi di giustizia, il che lascia intravedere, sullo sfondo, la formula dell'economia sociale di mercato (di cui all'art. 3, co. 3, del T.U.E.): la riaffermazione della bontà del mercato regolamentato, ma al contempo il riconoscimento dei suoi limiti e il bisogno di interventi di politica sociale non automaticamente garantiti dal mercato e neppure dalle correzioni giudiziali»; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 595 ss.; V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, cit., p. 337 ss..

²⁸⁰ V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, cit., p. 370-371 osserva che «in quanto tale, come rimedio dotato di ampia flessibilità, a carattere dispositivo e agente direttamente sulla conformazione del rapporto, la nullità di protezione presenta indubbiamente una

più perché esse mirano a riequilibrare situazioni di asimmetria dovute alla debolezza socio-economica di un contraente, pur senza perseguire, come detto, obiettivi più generali di giustizia sociale, che trascendono dai poteri di intervento giudiziale.

La disciplina delle clausole abusive costituisce, dunque, il settore privilegiato nel quale riflettere sulla prospettazione di operazioni di integrazione e/o correzione giudiziale del regolamento contrattuale mediante rimedi invalidatori, venendo in considerazione, proprio in questa materia, «*il problema generale di ogni ordinamento fondato sulla persona: quello di realizzare il difficile equilibrio tra libertà e solidarietà*»²⁸¹. E in questo contesto, la buona fede svolge, certo, un ruolo centrale.

particolare attitudine funzionale all'assolvimento anche di finalità giustizialiste. A differenza della tradizionale nullità, consente, su istanza di parte o d'ufficio (ma nell'interesse della vittima dell'ingiustizia), di conservare determinati effetti e di eliminarne altri oppure di giungere alla loro totale rimozione, quante volte il regolamento contrattuale non dovesse prestarsi a venire recuperato ad una corretta prospettiva di giustizia contrattuale».

²⁸¹ Così A. NICOLUSSI, *I consumatori*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2008, p. 442. Sul punto vedi anche: F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 510 ss..

Sezione seconda.

Nullità di protezione e tecniche di intervento integrativo e/o correttivo sul contratto privato di una clausola abusiva essenziale.

1. Indagine sulla conformità con i principi eurounitari e nazionali dei rimedi prospettabili contro le clausole abusive. Riflessioni sul rapporto tra autonomia privata e giustizia contrattuale. 2. La tecnica della sostituzione con norme imperative. 3. Ipotizzabilità di un meccanismo di sostituzione delle clausole abusive con la disciplina dispositiva. 4. La valorizzazione della buona fede e la possibile rinegoziazione della clausola abusiva. 5. Il meccanismo della integrazione correttiva del giudice. 5.1 (segue) Analisi degli argomenti a favore dell'intervento integrativo giudiziale. 5.2 (segue) Criticità della tecnica integrativa giudiziale. Rinvio. 6. Eterointegrazione delegata ad altra autorità: il tema dei poteri delle Autorità amministrative indipendenti.

1. Indagine sulla conformità con i principi eurounitari e nazionali dei rimedi prospettabili contro le clausole abusive. Riflessioni sul rapporto tra autonomia privata e giustizia contrattuale.

L'analisi svolta nelle precedenti sezioni del presente lavoro ha costituito la premessa necessaria per approfondire il contesto in cui studiare i possibili strumenti attraverso i quali risolvere il problema degli effetti della caducazione di una clausola abusiva essenziale.

La disciplina italiana di recepimento della Direttiva e i principi eurounitari in materia consumeristica costituiscono, infatti, la cornice normativa e assiologica di riferimento per individuare la soluzione migliore a favore del contraente debole. Si tratta, ora, di stabilire quali strumenti garantiscano, in concreto, in caso di ablazione di una clausola abusiva, che la nullità di protezione possa operare come sanzione effettiva, proporzionale ed efficace. Il che equivale a chiedersi quale sia l'ampiezza del potere del giudice di rilevazione e di dichiarazione della nullità di protezione.

Alla luce delle considerazioni svolte, si osserva come, non sempre, la mera eliminazione della clausola vessatoria soddisfi efficacemente gli obiettivi sottesi al rimedio della nullità di

protezione e le istanze di matrice europea analizzate. Certamente, il rimedio invalidante già realizza una modificazione del regolamento contrattuale predisposto dalle parti, ma con il presente lavoro ci si propone di comprendere se, dall'applicazione dello stesso, possano discendere effetti ulteriori, quando la clausola eliminata attenga a un elemento così essenziale per il funzionamento del contratto, che la sua ablazione rischia di metterne al repentaglio la sopravvivenza.

Proprio per evitare che il consumatore subisca un pregiudizio - la perdita dell'intero contratto - peggiore del male subito - la sottoscrizione di una clausola abusiva a suo svantaggio - l'interprete deve interrogarsi sulla configurabilità di effetti modificativi connessi al meccanismo della nullità parziale necessaria²⁸². Il silenzio legislativo sul punto e le, finora, scarse ipotesi applicative, infatti, non esimono lo studioso dal porsi il problema e dal tentare di dare una soluzione coerente con la disciplina vigente e con i principi eurounitari²⁸³. Lo impongono anche le istanze solidaristiche sottese alla disciplina a tutela del consumatore. La stessa posizione di chiusura patrocinata dalla Corte di Giustizia rispetto a qualsivoglia forma di intervento giudiziale sul contratto non appare sempre soddisfacente e in linea con i valori sottesi al diritto europeo.

Da qui gli sforzi di quella dottrina che ha prospettato taluni strumenti di gestione della lacuna contrattuale sopravvenuta, i quali dovrebbero operare in via successiva e complementare rispetto al rimedio principale, la nullità parziale necessaria, che costituisce il logico antecedente di questi.

D'altra parte, se la nullità di protezione si muove in una dimensione non più propriamente strutturale, ma funzionale, in quanto in stretto rapporto con l'assetto di interessi perseguito dalle parti, la sua finalità di conformazione del regolamento contrattuale si traduce non solo nell'eliminazione della singola clausola, ma anche nella conservazione del contratto complessivamente rimodellato. In questa nuova prospettiva, allora, è ben possibile che l'effetto demolitivo, proprio della nullità di protezione, si accompagni a un effetto ulteriore di

²⁸² Secondo A. D'ADDA, *La correzione del "contratto abusivo"*, cit., p. 364, «pare evidente che una efficace "neutralizzazione" del patto abusivo non postula la caducazione dell'intera operazione negoziale, che è nell'interesse anche della parte che subisce abuso ed iniquità, bensì la conservazione del regolamento negoziale privato dei contenuti disapprovati. Da qui la necessità di rinvenire gli strumenti più adeguati a garantire l'opera di correzione del negozio».

²⁸³ Osserva A. FEDERICO, *Nuove nullità e integrazione del contratto*, cit., p. 353 che il problema dell'integrazione, nel nuovo diritto dei contratti, impone di trovare soluzioni necessariamente diverse da quelle codicistiche poiché diverso è il presupposto dell'operazione integrativa. Nell'ambito del diritto comune, l'integrazione ha come presupposto la validità del contratto, il cui contenuto appare *ab origine* incompleto. Nel caso delle clausole vessatorie, invece, l'integrazione può giustificarsi in virtù di una nullità che investe il regolamento contrattuale: la lacuna, infatti, non deriva né dalla incompletezza dell'accordo pattuito dalle parti, né dall'accertamento della violazione di una norma imperativa, bensì si tratta di una lacuna sopravvenuta per effetto di una sentenza del giudice. In tal caso, «l'integrazione necessariamente diventa la parte *costruens* da affiancare alla nullità ed acquista una funzione conformativa del regolamento contrattuale».

contestuale integrazione o sostituzione delle parti eliminate.

Siffatta conseguenza modificativa, nei casi di vessatorietà di una clausola non essenziale, si realizza già con la mera caducazione della stessa, mentre, nei casi in cui la vessatorietà riguardi un elemento essenziale del contratto, esige uno sforzo di rimodellamento più avanzato, al fine di evitare il venir meno del vincolo contrattuale.

A livello pratico, un problema di integrazione della lacuna contrattuale sopravvenuta in funzione della conservazione del contratto potrebbe porsi in due situazioni diverse.

Da un lato, l'effettiva sopravvivenza del contratto potrebbe essere minacciata in tutte quelle ipotesi in cui il giudizio di vessatorietà colpisca una clausola relativa a un elemento essenziale, come l'oggetto o il prezzo, ove sia formulata in modo poco chiaro e comprensibile, secondo quanto prevede l'art. 34, comma 2, cod. cons.; oppure una clausola in cui si stabilisca che la determinazione del prezzo del bene o del servizio avvenga al momento della consegna o della prestazione, ai sensi dell'art. 34, comma 2, lett. n), cod. cons., trattandosi di clausola presuntivamente vessatoria.

Dall'altro lato, analogo rischio che la nullità parziale necessaria comporti un'oggettiva impossibilità di funzionamento del contratto può manifestarsi quando essa colpisca la gran parte del contenuto di quello. Questa ipotesi può verificarsi o nel caso in cui vengano dichiarate vessatorie numerose clausole contrattuali oppure quando la vessatorietà riguardi una clausola di rinvio ad un documento esterno per la determinazione del contenuto del contratto, secondo quanto previsto dagli artt. 33, comma 2, lett. l) e 36, comma 1, lett. c), cod. cons..

Di fronte al problema di tali lacune sopravvenute, alcuni ordinamenti europei già ammettono espressamente forme di integrazione del contratto²⁸⁴.

In particolare, nell'ordinamento tedesco il §306 BGB prevede espressamente le conseguenze della inefficacia della clausola abusiva, prospettando la soluzione della integrazione normativa della lacuna²⁸⁵: *«(1) Se le condizioni generali di contratto non sono divenute in tutto o parzialmente parte del contratto o sono inefficaci, il contratto rimane inefficace per il resto. (2) Per quanto le clausole non sono divenute parte del contratto o sono inefficaci, il contenuto del contratto si regola secondo le disposizioni di legge. (3) Il contratto è inefficace se il suo mantenimento, anche tenendo conto della modifica prevista nel comma 2, presenterebbe imprendibili sacrifici per una delle parti».*

²⁸⁴ Per un'analisi più compiuta si rinvia a V. RIZZO, *Le "clausole abusive" nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, cit..

²⁸⁵ Si osserva in dottrina che, alla luce del dettato della norma tedesca, «l'integrazione del contratto mediante il diritto dispositivo appare una conseguenza ovvia in un ordinamento in cui il legame tra clausole abusive e diritto dispositivo, nella fase del controllo di vessatorietà della clausola, da epoca risalente è stato messo in luce dagli studiosi più autorevoli». Così F.P. PATTI, *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto*, in *Contr.*, 2014, 8-9, p. 737 ss..

Nel contempo, la giurisprudenza tedesca mostra aperture persino verso forme di integrazione di stampo giudiziale attraverso l'*ergänzende Vertragsauslegung*²⁸⁶, ossia attraverso la figura della “interpretazione integrativa”²⁸⁷.

Negli ordinamenti scandinavi, similmente, si ricorda che, in base alla *Section 36 del Contracts Act*, «se una clausola del contratto è iniqua o suscettibile di condurre ad esiti applicativi iniqui, essa può essere modificata o resa inefficace», mentre «se in seguito alla modificazione fosse iniquo dare inefficacia all'intero contratto, il contratto può essere a sua volta modificato o risolto». A tali disposizioni fa eco la *Section 1, Chapter 4 del Consumer Protection Act*, in forza del quale «se una clausola è in contrasto con la buona fede, essa può essere modificata o disapplicata»²⁸⁸.

Considerazioni analoghe valgono, infine, per l'ordinamento spagnolo, in cui l'art. 83, R.d.lgs. n. 1/2007, modificata dalla *Ley 3/2014*, prevede l'integrazione anche giudiziale del contratto successivamente alla dichiarazione di vessatorietà di una clausola, attribuendo al giudice «poteri di moderazione rispetto ai diritti e agli obblighi delle parti, nel caso di sopravvivenza del contratto», in forza del canone della buona fede oggettiva²⁸⁹.

L'analisi del dato comparato può costituire un importante punto di riferimento, affinché, anche nel nostro ordinamento, si sviluppi una riflessione sul tema, la cui complessità è evidente. Indagare l'ampiezza dei poteri del giudice che rileva e dichiara una nullità di protezione significa, in realtà, riflettere sulla più ampia questione dei rapporti tra autonomia privata e potere giudiziale, con particolare riferimento alla realizzazione di obiettivi di giustizia contrattuale.

Il tema dei rapporti tra intervento statale e autonomia privata si è sviluppato soprattutto a partire dalla fine degli anni Sessanta²⁹⁰. Oggi esso è più che mai attuale, anche se profondamente mutato, soprattutto per effetto delle nuove forme di invalidità di protezione. In particolare, è a partire dalla metà degli anni Novanta che il legislatore concepisce forme di

²⁸⁶ A riguardo, si vedano gli studi di L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, cit., p. 261 ss..

²⁸⁷ La teorizzazione della figura si deve a E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, II, Duncker & Humboldt, Leipzig, 1912, p. 218 ss.. Si vedano anche: G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, ora in *Scritti giuridici*, III, Padova, 1992; W. HENCKEL, *Die ergänzende Vertragsauslegung*, in *Archiv. für die civilistische Praxis*, 1960-1961, p. 110 ss..

²⁸⁸ Si rinvia a WILHMSSON, *A Nordic perspective*, in *The integration of directive 93/13 into the National Legal Systems*, report della conferenza *The Directive on Unfair Terms five years later-evaluation and future perspectives*, organizzata dalla Commissione europea nel 1999, reperibile sul sito della Commissione europea, Justice, p. 14 ss..

²⁸⁹ Non a caso, è proprio questa la disposizione oggetto di censura da parte della Corte di Giustizia nella sentenza *Banco Espanol* (Corte Giustizia, 14 giugno 2012, causa C-618/2010, cit.), tanto da dichiarare che l'art. 6 della Direttiva n. 93/13 osta ad una normativa nazionale come l'art. 83 del Real decreto legislativo 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».

²⁹⁰ Si ricordano i contributi di: M. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit.; F. MACARIO, *L'autonomia privata*, in L. Nivarra (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008, p. 119 ss..

controllo sempre maggiori sui contenuti del regolamento contrattuale in tutti quei casi in cui questo sia stato predisposto da parti dotate di diversa forza negoziale. Da qui, l'esigenza, fatta propria dal diritto europeo, di predisporre regolamenti contrattuali equi, cioè improntati a giustizia²⁹¹. La legislazione protettiva di matrice europea mira, infatti, a garantire l'efficienza del mercato non solo imponendo, a monte, obblighi precontrattuali di informazione, ma anche sanzionando, a valle, i contratti il cui contenuto appaia iniquo per effetto di un esercizio abusivo dell'autonomia privata da parte del contraente in posizione di forza. D'altronde, lo stesso art. 2, comma 2, lett. e), cod. cons. contempla, fra i diritti fondamentali dei consumatori, anche il diritto “*alla correttezza, alla trasparenza e all'equità nei rapporti contrattuali*”.

Questa esigenza di equità, evidentemente, rende necessario riconoscere al giudice più ampi margini di intervento sul contratto, coerentemente con il superamento del dogma della intangibilità della volontà privata e in funzione della giustizia contrattuale. Nei rapporti strutturalmente asimmetrici, infatti, è particolarmente forte la necessità di assicurare che il contratto si sia formato in un mercato correttamente funzionante, ma anche che quel mercato sia ispirato a principi di solidarietà e di equità, sì da contemperare l'efficienza degli scambi con la tutela della persona. Anzi, il diritto europeo è ben conscio della centralità della persona e dell'esigenza che un contratto, per essere giusto, non violi i diritti fondamentali dell'individuo. Non a caso, l'art. I-1:102 del *Draft Common Frame of Reference* prevede che le disposizioni in materia contrattuale vengano interpretate in modo da garantire «*i diritti umani, le libertà fondamentali e le norme costituzionali applicabili*»²⁹².

In considerazione di tutto ciò, in dottrina, è stato autorevolmente osservato che, in questi casi, non si tratta tanto di limitare l'autonomia privata, quanto, piuttosto, di «*riequilibrare e disciplinare il mercato per valorizzare la libertà di iniziativa*»; anzi, si concorda con chi sostiene che «*la nuova esigenza di dettare discipline volte a regolamentare i rapporti economici asimmetrici in nome del principio di parità ed equità sostanziale giustifica e richiede l'intervento dell'autorità nella sfera dell'autodeterminazione negoziale*»²⁹³.

In questa prospettiva, il contratto non può più essere considerato, semplicemente, come

²⁹¹ Già all'inizio degli anni Settanta, autorevole dottrina (F. SANTORO-PASSARELLI, *Variazioni sul contratto*, in *Riv. trim.*, 1970, p. 8 ss.) osservava, con riferimento al processo di costituzionalizzazione del diritto civile, che l'ordinamento «intende la funzione del contratto in modo diverso dal passato: non si contenta, cioè, che esso realizzi un qualsiasi assetto di interessi tra le parti, ma pretende che si tratti di un assetto equo. In tale prospettiva gli interventi possono ancora farsi rientrare nella logica dell'autonomia privata, se si ammette che il contratto possa essere indirizzato a un risultato giusto».

²⁹² In tema si vedano: G. VETTORI, *L'interpretazione di buona fede codice civile e nel Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 683 ss.; U. BRECCIA, *Principles, definitions e model rules nel "comune quadro di riferimento europeo"* (Draft Common Frame of Reference), in *Contr.*, 2010, p. 95 ss.; G. ALPA, *Le "autonomie contrattuali" tra mercato e persona*, in G. Alpa e V. Roppo (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013, p. 204 ss..

²⁹³ Così G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit., p. 134.

una manifestazione di volontà, bensì va riguardato come un atto certo pur sempre di autoregolamentazione, ma necessariamente sottoposto a limiti e controlli per il perseguimento di finalità ulteriori rispetto a quelle individualistiche proprie delle parti, in nome del principio di solidarietà. Ciò nella convinzione che solo ponendo rimedio agli abusi dell'autonomia privata in ottica solidaristica sia possibile assicurare la concorrenza nel mercato.

L'intervento del giudice, pertanto, lungi dal costituire un'eccezione circoscritta o una forma di rinnovato paternalismo ordinamentale per finalità pubblicistiche, assume i tratti di una regola ordinaria che concorre ad assicurare obiettivi di giustizia contrattuale, rimodulando l'autonomia privata in conformità al principio solidaristico²⁹⁴.

Se le considerazioni sopra svolte entro la cornice dei principi costituzionali ed europolitari, si tratta di stabilire, ora, quali siano gli strumenti più idonei attraverso i quali il giudice possa intervenire, concretamente, sull'atto per colmare la lacuna sopravvenuta.

Occorre, dunque, chiedersi quale sia l'estensione del potere giudiziale connesso alla declaratoria di nullità parziale necessaria, così da definire quale sia il rimedio o l'eventuale cumulo di rimedi in grado di assicurare, da un lato, una tutela effettiva per il contraente debole, e, dall'altro, la riconduzione del regolamento contrattuale a proporzione e, quindi, a conformità con la buona fede.

Le opzioni astrattamente prospettabili sono due, dovendosi chiarire se sia preferibile accedere alla tesi che ammette rimedi soltanto legali, quanto alla fonte, benché portati a esecuzione dal giudice, oppure alla tesi favorevole a invocare rimedi anche di stampo prettamente giudiziale.

Nel primo caso, il riferimento è, innanzitutto, al meccanismo della sostituzione automatica di clausole secondo l'art. 1339 c.c., con conseguente riespansione della norma imperativa indebitamente derogata. E questo rimedio non pone particolari problemi.

Molto più frequentemente, però, si pone la questione se siffatto meccanismo sostitutivo valga anche per la violazione di norme non imperative, ma dispositive. Già in questo caso, si sarebbe fuori dal campo dei rimedi prettamente legali, per entrare nell'area di rimedi di stampo più propriamente giudiziale, benché pur sempre funzionali a consentire l'integrazione

²⁹⁴ Cfr. G. VILLANACCI, *Autonomia privata e buona fede nella complessa relazione evolutiva con la normativa consumeristica*, in *Contr. e impr.*, 2013, 4-5, p. 917 ss., il quale osserva che, storicamente, il moderno concetto di autonomia negoziale si è sviluppato già a partire dalle profonde trasformazioni economico-sociali della metà dell'Ottocento quando, con l'avvento delle cc.dd. Società intermedie tra lo Stato e l'individuo, inizia a prospettarsi una lettura in chiave sociale dell'autonomia negoziale. Davanti al diffondersi di forti disparità economiche e informative, si afferma l'idea che compito dello Stato democratico sia quello di rimuovere i fattori che impediscono l'effettivo esercizio della libertà negoziale attraverso strumenti idonei a limitare l'autonomia privata. In questo mutato assetto sociale, il codice del 1942 e la Costituzione contribuiscono a concepire il contratto come «strumento di collaborazione economica e cooperazione delle attività individuali per il raggiungimento di fini non esclusivamente egoistici, ma anche sociali. L'ordinamento si insinua con forza in un terreno ritenuto impermeabile nel pensiero ottocentesco, affiancando al concetto di libertà contrattuale quello dell'utilità e solidarietà sociale».

della lacuna sopravvenuta con una norma di legge. Ma è evidente come questa opzione sia molto discussa in dottrina e, soprattutto, come si vedrà, non del tutto in linea con gli arresti della Corte di Giustizia, chiusa in una posizione di assoluto sfavore per qualsivoglia forma di intervento giudiziale diverso dalla dichiarazione di abusività.

I margini di intervento del giudice si ampliano ulteriormente ove si ipotizzi di invocare la clausola generale di buona fede. Quest'ultima può venire in considerazione con due ruoli differenti. Da un lato, essa può essere invocata quale risvolto civilistico della solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. e, quindi, quale vincolo per le parti a rinegoziare il contenuto della clausola dichiarata nulla, in modo da ripristinare l'equilibrio alterato e consentire la conservazione del contratto. Dall'altro, la buona fede può, addirittura, costituire uno strumento di integrazione della lacuna affidato direttamente al giudice in nome dell'esigenza di garantire una tutela giusta ed effettiva. A riguardo, ci si dovrà, inoltre chiedere se, davvero, la buona fede possa assurgere a criterio di integrazione giudiziale o se, in alternativa, sia invocabile un diverso parametro, come l'equità.

Con riferimento a questo secondo ruolo della buona fede, si dovranno affrontare *funditus* gli aspetti positivi e negativi del riconoscimento al giudice di un potere così ampio e pervasivo, per verificarne la compatibilità con i principi e le regole nazionali ed eurounitari. Riflessione che dovrà essere condotta tenuto conto di come, sempre più spesso, il regolamento costituisca il frutto della collaborazione di più fonti.

A tal proposito, la riflessione si arricchisce ulteriormente se si considera che, accanto all'autonomia privata, possono assumere rilievo, ai fini della definizione del regolamento, anche soggetti terzi rispetto al contratto, diversi persino dal giudice, e dotati di funzioni di garanzia e di regolamentazione, come le Autorità amministrative indipendenti, il cui ruolo tende, oggi, ad accrescersi notevolmente.

Come si vedrà, l'ipotesi più discussa resta la possibilità di riconoscere al giudice un vero e proprio potere correttivo del contratto in nome della tutela del contraente debole. Vi è chi ritiene che il giudice possa colmare la lacuna contrattuale determinando equitativamente o secondo buona fede, il contenuto del regolamento negoziale. Quindi il giudice, lungi dal colmare il vuoto richiamando la norma, imperativa o dispositiva, derogata, potrebbe correggere il contratto dettando una regola improntata a equità o a buona fede. Quest'ultima posizione, sostenuta da una parte della dottrina, pur essendo molto suggestiva e potenzialmente efficace per la soluzione della singola controversia, è, senz'altro, la più discussa, in quanto pone delicatissimi problemi di relazione tra poteri del giudice e autonomia privata, che meritano di essere attentamente vagliati nel tentativo di prospettare una soluzione coerente e ragionevole per il problema in esame.

2. La tecnica della sostituzione di norme imperative.

Un'orientamento molto cauto nell'affrontare il problema di costruire un nuovo sistema di integrazione del contratto asimmetrico è quello che ammette interventi integrativi nei limiti in cui essi siano consentiti dalla classica tecnica della sostituzione automatica con norme imperative, secondo la regola di cui agli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c..

In linea con l'evoluzione interpretativa subita dall'art. 1339 c.c., la sostituzione automatica di clausole, oggi, non è più un'ipotesi eccezionale, circoscritta ai casi in cui sia espressamente richiamata; al contrario, tale meccanismo trova applicazione in via generale, a meno che non sia escluso dalla norma sostitutiva²⁹⁵.

In questa prospettiva, secondo parte della dottrina, per colmare la lacuna sopravvenuta che compromette la sussistenza del contratto, sarebbe sufficiente correggere il regolamento attraverso regole legali, e, segnatamente, attraverso le discipline inderogabili dettate dal legislatore, come quelle relative a clausole o a prezzi imposti²⁹⁶.

Così ragionando, un problema relativamente nuovo, quello dell'integrazione del regolamento contrattuale recante una clausola abusiva, sarebbe risolvibile in forza dell'ordinario meccanismo della sostituzione automatica con la disciplina inderogabile violata

²⁹⁵ In giurisprudenza si vedano: Cass., Sez. Un., 18 luglio 1989, n. 3363, in *Foro it.*, 1989, I, p. 2740 ss.; Trib. Milano, 13 novembre 1995, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1820 ss.; Cass., 21 agosto 1997, n. 7822, in *Arch. civ.*, 1997, p. 1206; Trib. Firenze, 10 giugno 1998, in *Corr. giur.*, 1998, p. 805 ss.; Cass., 2 dicembre 2010, n. 24418, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 3, p. 968 ss., con nota di M. SEMERARO, *Equilibrio del contratto e del rapporto nel c.d. anatocismo bancario*. In dottrina: P.M. PUTTI, *La nullità parziale*, cit., p. 167 ss.; M. CASELLA, *Nullità parziale e inserzione automatica di clausole*, cit., p. 61 ss.; G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, cit., p. 486 ss.

²⁹⁶ Un classico esempio di questo meccanismo di sostituzione è rappresentato dall'art. 1501 c.c., in materia di riscatto convenzionale. Laddove le parti stabiliscano un termine per il riscatto superiore a quello previsto dal codice, la clausola pattizia verrebbe sostituita automaticamente dalla disposizione codicistica, con la conseguenza che il termine si considera ridotto a quello previsto dall'art. 1501 c.c.. Altrettanto rilevante è, in materia di legislazione speciale, la disciplina delle locazioni immobiliari. In particolare, la legge n. 392/1978, la c.d. legge sull'equo canone, dettava in termini imperativi le clausole che nel loro insieme dovevano costituire il contenuto minimo del contratto di locazione. Significative erano le previsioni relative alla durata del rapporto e alla misura del canone. A riguardo, l'art. 79 sanciva, esplicitamente, la nullità di «ogni pattuizione diretta a limitare la durata legale del contratto e ad attribuire al locatore un canone maggiore rispetto a quello previsto dagli articoli precedenti». Si trattava di un classico esempio di nullità parziale ex art. 1419, comma 2, c.c.. In questi casi, dunque, le prescrizioni in materia di canone e di durata del rapporto, fissando imperativamente i contenuti del contratto, si sostituivano, in modo automatico, alle pattuizioni contrarie; di conseguenza, il contratto risultava integrato *ab externo* dalle norme imperative violate. Tramite il meccanismo della sostituzione automatica, la legge sull'equo canone mirava, così, a consentire un generale intervento dello Stato nell'economia, diretto a calmierare il mercato delle locazioni, a tutela dei contraenti economicamente più deboli. In tema si vedano, *ex multis*: G. MIRABELLI, *La locazione*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1972, p. 8 ss.; M. TAMPONI, *“Equo canone”*. *Disciplina delle locazioni di immobili urbani*. *Commentario*, a cura di C.M. Bianca, N. Irti, N. Lipari, A. Proto Pisani, G. Tarzia, Padova, 1980, p. 761 ss.; V. CUFFARO, *Patti contrari alla legge (contratto di locazione e nullità speciali)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 465 ss..

delle parti. Attraverso la inserzione della regola legale, verrebbero assicurati, al massimo grado, sia l'esigenza di salvare il contratto dalla nullità totale, sia il riequilibrio dello stesso e, dunque, una tutela effettiva per la parte debole.

In tal modo, in tanto potrebbe spingersi l'opera integrativa del giudice, in quanto ripristini la disciplina indebitamente derogata, poiché solo quella avrebbe potuto regolare il rapporto, se la parte forte non avesse abusato del suo potere negoziale. Si rimarrebbe, per tale via, nei confini rassicuranti di una tecnica di modifica del regolamento divenuto lacunoso avente fonte prettamente legale.

Per la verità, le cose non sono così piane come possono apparire.

A riguardo, giova approfondire il meccanismo di operatività degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c..

Si ricorda, innanzitutto, che, tra gli interpreti, non vi è uniformità di vedute circa la necessità che la norma imperativa preveda espressamente la sostituzione legale. Secondo l'orientamento più restrittivo, questa norma, oltre a sancire la nullità di una certa clausola contrattuale, dovrebbe anche contemplare il meccanismo sostitutivo con una apposita disposizione di legge²⁹⁷.

La giurisprudenza più recente, tuttavia - come accennato - ammette la sostituzione anche in mancanza di una espressa previsione, sull'assunto che *«la locuzione codicistica “sono sostituite di diritto” va interpretata non nel senso dell'esigenza di una previsione espressa della sostituzione, ma in quello dell'automaticità della stessa, trattandosi di elementi necessari del contratto o di aspetti tipici del rapporto cui la legge ha apprestato una propria inderogabile disciplina»*²⁹⁸. Ai fini dell'operatività del meccanismo sostitutivo, sarebbe, dunque, sufficiente la sola indicazione, da parte del legislatore, dell'elemento da sostituire alla clausola negoziale nulla²⁹⁹.

Nonostante la lettura evolutiva a cui la dottrina e la giurisprudenza più recenti hanno sottoposto il combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c., l'applicazione del rimedio in esame alle fattispecie di nullità parziale necessaria presenta, tuttavia, degli aspetti di criticità, sotto il profilo dell'effettività della tutela, per due ragioni fondamentali.

In primo luogo, un forte limite al meccanismo della sostituzione automatica è rappresentato dalla possibilità che manchino norme imperative o inderogabili da inserire nel regolamento contrattuale. Il che accade molto di frequente, ove si consideri che il legislatore, sempre più spesso, si astiene dal dettare discipline inderogabili, lasciando all'interprete il

²⁹⁷ Cfr. Cass., 25 giugno 1979, n. 3551, in *Mass giur. it.*, 1979, p. 768 ss.; Cass., 11 giugno 1981, n. 3783, in *Giust. civ. mass.*, 1981, p. 6 ss..

²⁹⁸ Cass., 21 agosto 1997, n. 7822, in *Arch. Civ.*, 1997, p. 1206 ss..

²⁹⁹ Cass., 28 giugno 2000, n. 8794, in *Giur. it.*, 2001, p. 1153, con nota di S. LENTI.

compito di trovare la soluzione più idonea, nel caso concreto, a colmare la lacuna contrattuale. La circostanza che la tecnica sostitutiva in esame richieda, invece, la previsione, in positivo, della disciplina che i contraenti avrebbero dovuto osservare potrebbe costituire, quindi, un ostacolo alla sua operatività anche nell'ambito della nullità di protezione; e ciò pur aderendo all'idea che l'art. 1339 c.c. non richieda, per la sua applicazione, la previsione, da parte della singola norma inderogabile, della sua sostituibilità³⁰⁰.

A riguardo, coloro che sostengono l'operatività del solo strumento di sostituzione automatica nella materia in esame, ritengono di poter superare l'esposto limite prospettando una lettura estensiva della disposizione, suscettibile di ampliare il suo ambito di applicabilità. Come detto, infatti, vi è chi sostiene di poter invocare il predetto meccanismo anche in assenza di una disciplina inderogabile dettata dalla legge o, addirittura, in assenza di una qualunque disciplina predeterminata³⁰¹.

Ma è altrettanto vero che - come è stato obiettato - così ragionando, si finisce per sottoporre l'art. 1339 c.c. a una interpretazione *contra legem* non consentita. Difatti, la previsione testuale della inserzione di clausole "*imposte dalla legge*" e dal contenuto predeterminato esprime una precisa scelta di politica del diritto compiuta dal legislatore del 1942, quella, cioè, di trovare un punto di equilibrio tra due interessi in conflitto: l'autonomia privata e il controllo ordinamentale sui contenuti economici del contratto per scopi di giustizia. Tale scelta legislativa, allora, finirebbe per essere completamente pretermessa e contraddetta, se il giudice applicasse l'art. 1339 c.c. anche in mancanza di norme inderogabili³⁰².

Ma questa riflessione dovrà essere approfondita ancora.

In secondo luogo, un altro rilevante limite della soluzione rimediale in esame va colto nella presa d'atto che ben poche sono le disposizioni a carattere inderogabile che consentirebbero di rendere operativo il meccanismo sostitutivo descritto nella materia in esame. Sicché, ciò finisce per limitare fortemente l'ambito di applicazione dello strumento in esame. E ciò appare

³⁰⁰ Si rinvia all'indagine di A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 237-248, secondo il quale l'illustrato meccanismo sostitutivo non può essere «di ausilio all'interprete chiamato ad indagare la sorte del contratto privato di una sua clausola essenziale da una norma meramente proibitiva, che non si preoccupa in alcun modo di dettare, neanche *per relationem*, una disciplina sostitutiva imposta alle parti».

³⁰¹ Questa lettura è proposta da M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica ed autonomia privata*, Milano, 2003, p. 196 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, p. 114 ss..

³⁰² In tal senso cfr.: A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974, p. 178 ss.; A. PLAIA, *Categorie civilistiche e diritti speciali: la nullità del contratto di lavoro a termine*, in *Studium iuris*, 2009, 11, p. 1189 ss.; A. D'ADDA, *La correzione del "contratto abusivo"*, cit., p. 379-380, secondo il quale, il rischio sotteso a quella lettura sarebbe quello di legittimare occultamente l'inserzione di discipline solo apparentemente legali, ma che, in realtà, sono il frutto dell'attività discrezionale del giudice. In aggiunta, così ragionando, si finirebbe per consentire l'operatività della sostituzione quasi in ogni caso di disapprovazione legale del regolamento negoziale, in contrasto con la lettera della disposizione.

in contraddizione con l'esigenza di garantire una tutela effettiva e proporzionata, perché condurrebbe alla declaratoria di nullità totale della maggior parte dei contratti recanti clausole abusive, per mancanza del materiale normativo da sostituire alla pattuizione disapplicata.

In considerazione di quanto finora esposto, pur essendo, astrattamente, possibile invocare il meccanismo sostitutivo di norme imperative, i limiti concreti di questa soluzione rendono ora opportuno indagare se e in che termini sia consentita la sopravvivenza del contratto attraverso la sostituzione della clausola invalida anche con le regole dispositive indebitamente derogate.

3 . Ipotizzabilità di un meccanismo di sostituzione delle clausole abusive con la disciplina dispositiva.

L'analisi di questo secondo rimedio necessita di svolgere una premessa concettuale.

La possibilità di integrare la lacuna contrattuale sopravvenuta mediante regole di diritto dispositivo può apparire una contraddizione in termini, atteso che si tratta di regole suscettibili di essere derogate dall'autonomia privata³⁰³. In effetti, le norme dispositive si differenziano da quelle a carattere imperativo o inderogabile³⁰⁴ proprio per la possibilità, lasciata ai privati, di

³⁰³ F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale (Codici e norme complementari)*, vol. I, Milano, 1957, p. 48 ss.; N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Padova, 1990, p. 90-91; E. RUSSO, *L'interpretazione delle leggi civili*, Torino, 2000, p. 181 ss.. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 488 ss., secondo il quale «le norme dispositive si chiamano anche “suppletive”: perché scattano solo in mancanza di determinazione volontaria, alle cui lacune appunto suppliscono. Si chiamano anche “derogabili”: perché le parti sono libere di concordare una regola diversa da quella posta dalla norma dispositiva. Sotto questo profilo si contrappongono alle norme imperative o inderogabili»; A. GAMBARO, *Contratto e regole dispositive*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 1 ss..

³⁰⁴ Giova ricordare che la norma imperativa è una norma proibitiva che «sulla base dell'esigenza di protezione di valori morali e sociali e di quelli fondamentali della comunità giuridica, tende non solo a negare efficacia giuridica alla programmazione negoziale ad essa contraria, ma tende più radicalmente a proibire l'azione programmata» (Cfr. C.M. BIANCA, G. PATTI, S. PATTI, *Lessico di diritto civile*, Milano, 1995, p. 393 ss.; E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 585 ss.). In particolare, la dottrina tende a operare poi una distinzione tra norme in senso stretto non derogabili, che si limitano a stabilire le modalità dell'operazione negoziale, cosicché la loro osservanza attribuisca rilevanza giuridica all'atto; e norme imperative, che dettano regole idonee a entrare nel merito dell'operazione negoziale, fissando i limiti esterni in cui l'autonomia privata può esplicarsi o addirittura dettando il contenuto di determinati contratti. Sui rapporti tra norme imperative e norme inderogabili si rinvia anche a: R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in *Legislazione Economica 1978-79*, Milano, 1981, p. 279 ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 244 ss.. Cfr. anche G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 224 ss., il quale evidenzia come, la stessa partizione tra *jus cogens*, inteso come insieme di norme inderogabili, e diritto dispositivo, pur svolgendo una importante funzione costruttiva, non possa, tuttavia, essere assunta in modo assoluto e ontologico. L'Autore osserva, infatti, come all'interno del c.d. *jus cogens*, si riscontrino norme molto eterogenee tra loro: norme imperative derogabili; norme inderogabili, ma non imperative; norme imperative precettive e proibitive. Simili sfumature sarebbero poi ravvisabili anche nelle norme imperative, in particolare, anch'esse possono “essere espressione di un principio di struttura dell'ordinamento”, tanto che, persino la loro violazione, in relazione alle caratteristiche del caso concreto, potrebbe realizzare “una violazione dell'ordine pubblico”. Sul punto, si rinvia anche a: G.B. FERRI, *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980, p. 150 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a*

discostarsi dall'indicazione legislativa e di concordare una regola differente, affinché il regolamento contrattuale risulti il più corrispondente possibile alle loro intenzioni.

La maggior parte delle norme, nel diritto privato, diversamente dal diritto pubblico (costituzionale e, soprattutto, penale), presenta carattere dispositivo e proprio la derogabilità conduceva la dottrina tradizionale a escludere la configurabilità, in questi casi, di un meccanismo di integrazione cogente assimilabile a quello prospettato, *ex artt.* 1339 e 1419, comma 2, c.c., per la violazione di norme imperative. In siffatte ipotesi - si osservava - mancherebbe il presupposto stesso per l'operatività del predetto meccanismo, non essendovi una lacuna sopravvenuta alla dichiarazione di nullità di una clausola contrattuale.

La riferita contraddizione, in realtà, è solo apparente. Vediamo in che senso.

Costituisce acquisizione più recente l'idea che anche la violazione di una norma di diritto dispositivo possa dare luogo alla patologia della nullità. Il fenomeno ha iniziato a prospettarsi all'inizio degli anni Settanta, quando una parte della dottrina si è posta il problema di come assicurare una tutela effettiva al contraente debole nella disciplina delle condizioni generali di contratto, nella consapevolezza dell'insufficienza della tutela formale della "doppia firma"³⁰⁵.

Sempre più spesso, infatti, la prassi mostrava come le imprese tendessero a derogare, sistematicamente, la disciplina di diritto dispositivo dettata dall'art. 1341 c.c.. Da qui, gli sforzi di superare la tutela meramente formale prospettata dal codice in favore di soluzioni di tutela più efficaci e sostanziali. L'utilizzo abusivo dello strumento delle condizioni generali di contratto ha indotto alcuni studiosi a ipotizzare di "sanzionare" il contraente forte con il rimedio della nullità della pattuizione unilateralmente predisposta, ancorché, magari, approvata per iscritto dalla controparte, ritenendo di ravvisare in quella deroga sistematica del diritto dispositivo una violazione dell'ordine pubblico economico³⁰⁶.

Da qui nasce l'idea originaria della possibile nullità di clausole contrattuali che contrastino in modo abusivo con le norme di diritto dispositivo. Questa intuizione ha trovato, poi, un più ampio consenso nel momento in cui, a partire dagli anni Novanta, è stata introdotta una specifica tutela per il consumatore, in attuazione della Direttiva comunitaria.

norme imperative, cit., p. 438 ss.; M. NUZZO, *Negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 6 ss..

³⁰⁵ Sul tema, tra i numerosi studi, si ricordano: A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954; G. GORLA, *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante moduli o formulari nel diritto italiano*, cit., p. 608 ss.; P. PERLINGIERI, *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle c.d. condizioni generali di contratti*, in *Dir. giur.*, 1969, p. 482 ss.; V. RIZZO, *Condizioni generali di contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983; C.M. BIANCA, *Condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente)*, in *Dig. disc. Priv.*, sez. civ., III, Torino, 1988, p. 3 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Condizioni generali di contratto nei rapporti tra imprenditori e la tutela del "contraente debole"*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, II, p. 418 ss..

³⁰⁶ Si vedano gli studi di: G.B. FERRI, *Condizioni generali di contratto, diritto dispositivo e ordine pubblico*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole* (Atti della Tavola Rotonda svoltasi a Catania il 17-18 maggio 1969), Milano, 1970; A. DI MAJO, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, ivi; S. RODOTÀ, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, ivi.

La tutela contro le clausole abusive è concepita come una forma di protezione che non passa, necessariamente, attraverso norme imperative, le quali pongano obblighi o divieti, bensì si realizza anche attraverso il controllo dell'esercizio della libertà contrattuale e, dunque, tramite la verifica circa l'abusività delle deroghe al diritto dispositivo.

Difatti, il presupposto indefettibile in virtù del quale sono consentite siffatte deroghe è che esse siano concordate da parti poste in posizione di eguaglianza tra loro. Laddove, invece, uno dei contraenti abbia sfruttato la propria condizione di forza per imporre all'altro una clausola contrattuale difforme dalle regole di diritto dispositivo, pur astrattamente derogabili, si sarebbe alla presenza di una deroga non legittima, né giustificata, poiché idonea a generare un significativo squilibrio contrario a buona fede.

Dunque, la bilateralità della deroga al diritto dispositivo costituisce la condizione indispensabile per la sua ammissibilità della stessa e, quindi, per la validità della relativa clausola contrattuale. Il diritto dispositivo, in sé, resta liberamente derogabile, ma solo se questo non avvenga mediante l'abuso della libertà contrattuale, poiché, in tal caso, la deroga è disapprovata dall'ordinamento e perseguita con la nullità.

Se le premesse delineate sono corrette, se ne deve desumere che l'esercizio della libertà contrattuale, anche quando si esprime in una regola difforme dal diritto dispositivo derogabile, non è mai illimitato; al contrario, soprattutto nell'ambito delle contrattazioni asimmetriche, la predisposizione di un regolamento contrattuale frutto di condotte abusive costituisce sintomo della vessatorietà delle singole clausole, suscettibile di essere sindacata. Da qui, il connesso tema della possibilità di colmare la lacuna derivante dalla nullità di quelle clausole proprio con il rinvio alla regola di diritto dispositivo abusivamente derogata.

Alla luce delle esposte considerazioni, appare ragionevole chiedersi se sia possibile invocare l'applicazione della regola di diritto dispositivo, in luogo della clausola contrattuale con la quale il professionista abbia abusivamente derogato alla prima. Tale interrogativo si impone in coerenza con l'acquisita *«consapevolezza della necessità di estendere la verifica sui movimenti della libertà contrattuale da una prospettiva esclusivamente verticale (compatibilità del programma contrattuale con i valori superiori dell'ordinamento assicurati nella legislazione imperativa soprattutto proibitiva, ma anche ordinativa e in tal caso pure sostitutiva) a una prospettiva anche orizzontale (compatibilità dell'esercizio della libertà contrattuale con la tutela di quella stessa libertà in capo alla controparte)»*³⁰⁷.

³⁰⁷ Cfr. F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, cit., p. 680, il quale ritiene che tale interrogativo ha ragione di porsi per varie ragioni. In primo luogo, viene in considerazione la connessione istituita dal legislatore nel nuovo diritto dei contratti tra deroga abusiva al diritto dispositivo e nullità: essa costituirebbe, infatti, espressione «della nuova sensibilità con cui è affrontato il problema del controllo dell'esercizio della libertà contrattuale: non più limitato, tale controllo, nello schematico della aprioristica liceità di ciò che non è vietato, ma esteso alla verifica della non abusività in concreto dell'esercizio permesso in astratto». In secondo luogo, l'Autore pone l'accento sulla nuova

Per le riflessioni sopra svolte, ci appare preferibile ammettere l'integrazione della lacuna contrattuale sopravvenuta mediante il diritto dispositivo indebitamente derogato. Occorre, tuttavia, soffermarsi sul fondamento di siffatta operazione integrativa, stante la sussistenza di posizioni diversificate in dottrina.

Secondo una prima posizione, il referente normativo da invocare sarebbe l'art. 1374 c.c., norma che consente di colmare le lacune del contenuto contrattuale mediante la legge, gli usi e l'equità³⁰⁸. I sostenitori di questa tesi, nel sottoporre l'art. 1374 c.c. a una interpretazione evolutiva³⁰⁹, osservano che, poiché non opera una distinzione tra il caso dell'integrazione mediante regole di diritto dispositivo e il caso dell'integrazione mediante norme imperative, questa norma ben si presterebbe a consentire al giudice di intervenire sul contratto richiamando le norme dispositive indebitamente derivate. In quest'ottica, la disposizione in commento consentirebbe tanto il fenomeno dell'integrazione suppletiva, cioè quella realizzata attraverso il diritto dispositivo per colmare lacune originarie; quanto il fenomeno dell'integrazione cogente, cioè quella realizzata attraverso l'inserzione di norme imperative in luogo di clausole dichiarate nulle.

Per tale via, l'art. 1374 c.c. finirebbe per consentire che il diritto dispositivo “iniettato” nel contratto svolga una funzione diversa da quella suppletiva sua propria, ovvero sia una funzione sostanzialmente correttiva dell'autonomia privata, ogniqualvolta questa si sia estrinsecata abusivamente. Si osserva, in dottrina, che la disposizione in commento produrrebbe, in questi casi, un effetto conformativo del regolamento contrattuale, il quale viene integrato non con un contenuto imposto da una norma imperativa – che può non esserci -, ma con una regola legale alternativa a quella che le parti avrebbero potuto elaborare, se non vi fosse stato un abuso di

disciplina della nullità di protezione inserita nel codice del consumo, le cui caratteristiche sarebbero tali da «indebolire i legami tra contratti del consumatore e regole codicistiche tradizionali (gli artt. 1339 e 1419 c.c.)». Di diverso avviso, altra parte della dottrina guarda con sfavore alla possibilità integrare la lacuna determinata dalla caducazione della clausola abusiva con il diritto dispositivo. Vi è chi, infatti, allineandosi con la giurisprudenza europea, ritiene sufficiente la pura e semplice eliminazione della singola clausola abusiva, osservando come questa soluzione realizzerebbe un risultato positivo dal punto di vista dell'armonizzazione dei diritti nazionali e della costruzione di un mercato unico. In questa prospettiva, si osserva come, per tale via, sarebbe garantita una maggior omogeneità di trattamento tra i professionisti, sotto il profilo degli effetti della nullità, e si eviterebbe una confusa applicazione di norme dispositive nazionali inevitabilmente disomogenee tra i vari ordinamenti. Cfr. F.P. PATTI, *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto*, cit., p. 748.

³⁰⁸ Di questo avviso: A. FEDERICO, *Nuove nullità e integrazione del contratto*, cit., p. 351 ss.; L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, cit., p. 194 ss.; A. BELLELLI, *Art. 1469-quinquies, 1° e 3° comma*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore* a cura di G. Alpa e S. Patti, in *Il codice civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger, diretto da F. Busnelli, Milano, 2003, p. 1044 ss.; U. MORELLO, *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Not.*, 1996, p. 294 ss.; C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie, cioè abusive*, in *Eu. dir. priv.*, 1998, p. 39 ss..

³⁰⁹ Interpretazione evolutiva che appare necessaria, soprattutto al fine di tenere conto della normativa di derivazione comunitaria, quale nuova imprescindibile fonte del diritto. Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 70 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., p. 1150 ss.; N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 227 ss..

potere contrattuale dell'una in danno dell'altra³¹⁰.

La necessità che l'opera del giudice debba limitarsi al richiamo della legge consentirebbe, oltretutto, secondo questa impostazione, di temperare la maggior discrezionalità giudiziaria, secondo una soluzione in grado di bilanciare tutti gli interessi coinvolti: quello alla conservazione del contratto depurato dalla clausola non giustificata e quello a contenere l'arbitrio del potere giudiziario. Il riequilibrio verrebbe, così, garantito dal ripristino della disciplina legale, cioè della regola reputata congrua a governare gli interessi delle parti, la cui deroga, nel caso di specie, appare ingiustificata proprio in quanto frutto di abuso.

Inoltre, si può solo qui osservare – per approfondire il discorso nel prosieguo – che, secondo i sostenitori dell'orientamento in esame, la possibilità di invocare l'art. 1374 c.c. per colmare, tramite il diritto dispositivo, la lacuna contrattuale consentirebbe, altresì, di ammettere un intervento correttivo del giudice sul contratto anche tramite gli usi, nonché per mezzo dell'equità³¹¹. Il fatto che il ricorso a queste tre fonti debba avvenire secondo l'ordine gerarchico e tassativo ivi previsto, consentirebbe di circoscrivere l'accresciuta discrezionalità riconosciuta al giudice in sede di integrazione del contratto, limitando il rischio di arbitrii. Difatti, in tanto potrebbe invocarsi l'equità quale fonte integrativa, in quanto non sia dato rinvenire alcuna norma dispositiva da poter far riesperire.

Ma tale riflessione dovrà essere ripresa *funditus*.

Preme, ora, sottolineare che la tesi sin qui illustrata è stata criticata da altra parte della dottrina, secondo la quale il fondamento normativo della – pur ammissibile – integrazione mediante il diritto dispositivo andrebbe ricercato altrove.

La principale critica mossa all'orientamento sopra prospettato riguarda l'indagine sulla *ratio* dell'art. 1374 c.c.. Vi è chi ritiene che la disposizione in esame non si presti a colmare qualunque tipo di lacuna, sia essa originaria o sopravvenuta. Tutto al contrario, occorrerebbe tenere ben distinte le due ipotesi perché, a seconda del tipo di vuoto contrattuale che viene a

³¹⁰ Il fenomeno dell'integrazione cogente tramite il diritto dispositivo è concepito da taluni come dimostrazione della funzione conformativa svolta dalle nullità di protezione, a cui tale fenomeno è connesso. In questo senso cfr. V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità. Le nullità conformative*, cit., p. 649 ss.; A. FEDERICO, *Nuove nullità e integrazione del contratto*, cit., p. 333, secondo il quale la locuzione “nullità conformative” esprime un fenomeno complesso e variegato, rispetto a quale, «a volte, può rivelarsi utile, se non necessario anche il ricorso all'integrazione, quale tecnica di adattamento del programma contrattuale, affinché la nullità non si limiti, come usualmente avviene nel diritto comune dei contratti, a svolgere una funzione solo demolitoria». Secondo altro autorevole esponente della dottrina (cfr. G. D'AMICO, *Nullità per abuso e integrazione cogente del contratto*, cit., p. 249), nel caso dell'inserzione del diritto dispositivo, si potrebbe parlare sì di conformazione, ma in senso debole, in quanto la lacuna contrattuale viene colmata non con un regolamento imposto, ma con un regolamento definito «*di default*, che si inserisce (nel contratto) per non lasciare scoperto alcun aspetto del rapporto ritenuto meritevole di considerazione (e di disciplina), e sul presupposto che l'autonomia privata (del contraente che ha predisposto il regolamento negoziale) non sia stata in grado di formulare una disciplina alternativa (che pure avrebbe potuto essere formulata) che potesse/possa aspirare a essere considerata meritevole di tutela».

³¹¹ In tal senso: F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 320 ss.; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 699 ss.

delinersi, varierebbe anche la funzione assoluta dal meccanismo di interpolazione del contratto consentito dall'ordinamento³¹².

È stato osservato come, a rigore, le fonti di integrazione di cui all'art. 1374 c.c. mirino a supplire a incompletezze originarie del contratto, individuando strumenti idonei a colmare carenze di disciplina lasciate dalle parti³¹³.

Diversa sarebbe la fattispecie qui in esame, in cui la lacuna contrattuale, lungi dall'essere espressione di un regolamento intrinsecamente incompleto, costituirebbe la conseguenza della caducazione di un patto abusivo e, quindi, si tratterebbe di una lacuna non originaria, ma sopravvenuta alla declaratoria di invalidità della singola clausola³¹⁴. Ne conseguirebbe l'impossibilità di invocare l'ordinario meccanismo integrativo perché diversa sarebbe la funzione che l'inserzione del diritto dispositivo verrebbe a svolgere.

Dunque, al di là della apparente somiglianza tra le due ipotesi in esame, in quanto entrambe caratterizzate da un regolamento contrattuale carente, differente sarebbe, però, la funzione della reazione ordinamentale. In caso di lacuna originaria, il diritto dispositivo servirebbe a supplire una incompletezza strutturale e fisiologica del contratto; al contrario, in presenza di una lacuna sopravvenuta, il vuoto si crea non perché manchi la regola pattizia, ma perché quella regola, pur esistente, appare abusivamente in contrasto con il diritto dispositivo. In quest'ultimo frangente, l'inserzione della regola dispositiva ingiustificatamente derogata viene a svolgere una funzione propriamente sostitutivo-correctiva, e non semplicemente integrativa.

Pertanto, secondo i sostenitori di tale impostazione, occorrerebbe tenere ben distinte le due fattispecie: un conto è l'intervento sul contratto in fase fisiologica, secondo il meccanismo ordinario dell'art. 1374 c.c.; altro è l'intervento correttivo in fase patologica³¹⁵.

A ciò si aggiunga che, nella logica dell'art. 1374 c.c., il meccanismo integrativo presupporrebbe una lacuna non così grave da compromettere la stessa esistenza del contratto,

³¹² Si vedano: A. D'ADDA, *La correzione giudiziale del "contratto abusivo"*, cit., p. 380 e, in particolare, p. 384-385; ID., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 248-261; M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, cit., p. 117 ss..

³¹³ Osserva M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, cit., p. 119 che l'art. 1374 c.c. «non riguarda fenomeni (...) di intervento per così dire *ex post* sul contratto. E cioè in ordine a un regolamento e ad elementi di esso già *definiti* dai contraenti, rispetto ai quali si evidenzia la necessità di una *sostituzione-correzione* da parte dell'ordinamento *non voluta né presupposta* dalle parti. Esse, invero, hanno pienamente esercitato il potere di autoregolamentazione dei propri interessi ponendo in essere un contratto a contenuto e situazione effettuale determinati, su cui si appunta poi la valutazione negativa dell'ordinamento e la conseguente reazione correttiva. L'art. 1374 c.c. si riferisce piuttosto alla fase *fisiologica* della vita del negozio e opera a fronte di lacune nel regolamento contrattuale determinate dal fatto che le parti non hanno ritenuto o non hanno saputo prevedere una specifica regolamentazione sul punto».

³¹⁴ Cfr. P. SIRENA, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1997, I, p. 379, nota 82.

³¹⁵ In tal senso anche M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, cit., p. 119.

mentre il caso che ci occupa riguarda, al contrario, la sussistenza di una lacuna dovuta alla asportazione di una clausola contrattuale essenziale giudicata invalida³¹⁶. In questo frangente, non sarebbe possibile ipotizzare la mera riespansione delle regole legali dispositive, ma si tratterebbe di inserire «*nel contratto regole idonee ad integrare quel contenuto minimo (ad es. le prestazioni) del regolamento negoziale compromesso dalla previsione di invalidità*»³¹⁷.

È evidente che, muovendo da siffatte considerazioni, la lacuna sopravvenuta non potrebbe essere colmata ai sensi delle fonti integrative di cui all'art. 1374 c.c.. Da qui, gli sforzi compiuti da quella parte della dottrina, che nel tentativo di trovare un valido fondamento normativo alla modificazione del contratto mediante l'inserzione del diritto dispositivo, fa leva su una soluzione alternativa.

Appare interessante la ricostruzione di chi sostiene che sia possibile desumere “*una regola di sistema*” dal meccanismo di sostituzione automatica di clausole previsto dal combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.. Difatti, anche in caso di contrasto tra singole pattuizioni contrattuali e regole inderogabili, l'ordinamento consente l'inserzione (automatica) nel regolamento delle regole legali violate dalle parti, realizzando la correzione del negozio recante la clausola nulla³¹⁸.

Tanto nei casi in cui il singolo patto contrasti con una norma imperativa e non derogabile, quanto nei casi in cui quel patto sia frutto di una deroga abusiva al diritto dispositivo, lo schema concettuale che viene in considerazione sarebbe sempre il medesimo: il contrasto tra la regola pattizia e la disciplina legale. Ne conseguirebbe, in entrambi i frangenti, la necessità di consentire la riespansione della regola legale, così da evitare la caducazione dell'intero contratto³¹⁹.

³¹⁶ Considerazione, questa, per vero non disconosciuta neppure dai sostenitori dell'applicazione dell'art. 1374 c.c.. Cfr. A. FEDERICO, *Profili di integrazione del contratto*, Milano, 2008, p. 30 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 101 ss..

³¹⁷ Così A. D'ADDA, *La correzione del “contratto abusivo”*, cit., p. 388., il quale precisa, altresì, come vada ravvisata «una differenza qualitativa tra la fattispecie in cui una disciplina dispositiva “di contorno” si riespanda in via meccanica a seguito della obliterazione del patto che la derogava, da quelle in cui le regole legali siano chiamate a colmare lacune che comprometterebbero l'autosufficienza del regolamento negoziale». Nello stesso ordine di idee: G. VILLA, *Invalità del contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti, G. Villa, Bologna, 2008, p. 123 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, cit., p. 115 ss.

³¹⁸ Questa tesi è proposta da A. D'ADDA, *La correzione del “contratto abusivo”*, cit., p. 388 ss., il quale precisa che non si tratta di ipotizzare una non consentita applicazione più ampia della tecnica sostitutiva di cui agli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c., ma si tratta di prendere atto della propensione del sistema a legittimare la sostituzione del patto invalidato, in quanto stipulato in deroga abusiva alla regola dispositiva, proprio con quest'ultima, coerentemente, oltretutto, con la finalità protettiva e, quindi, conservativa di questa forma di nullità.

³¹⁹ A riguardo, A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 265, osserva che, in caso di deroga abusiva di norme derogabili, l'intervento del giudice diretto al controllo di quella deroga ha sostanzialmente caratteri di imperatività. Questo perché «alla scelta di dettare norme dispositive per disciplinare una certa materia, e quindi alla rinuncia a predisporre regole ordinarie, si accompagna quella di vietare le deroghe alla disciplina dispositiva qualora non siano osservati vincoli di forma ovvero limiti di contenuto. Sicché non sembra potersi dubitare che si verta in una fattispecie in cui la “deroga” si configuri come una vera e propria violazione di una regola legale imperativa».

Non sarebbe, allora, incoerente ipotizzare la possibilità che quel modello di correzione contrattuale, pur non potendo operare direttamente quando la norma derogata sia una norma dispositiva, esprima, tuttavia, l'esigenza di innestare nel regolamento la regola legale violata abusivamente, ove detti in positivo la disciplina del rapporto giuridico. Questo perché, sebbene la regola di diritto dispositivo sia astrattamente superabile dall'autonomia privata, tuttavia, laddove il discostamento da quella sia frutto di abuso e, quindi, causa di nullità della clausola, sarebbe del tutto logico far riespandere (automaticamente) proprio quella regola dispositiva che ha costituito il parametro per l'accertamento della vessatorietà del patto. E tanto varrebbe, a maggior ragione, nei casi qui in esame in cui l'invalidità derivante dalla deroga abusiva al diritto positivo compromette la sopravvivenza stessa del contratto.

Tuttavia, l'impostazione ora illustrata non ci pare del tutto persuasiva. Essa si espone alle critiche sopra indicate circa la discussa estensione dell'ambito di applicazione del meccanismo di cui agli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.. Se per ogni deviazione negoziale da una regola di legge, sia essa imperativa o dispositiva, potesse operare la sostituzione automatica, si finirebbe per far funzionare quel meccanismo al di fuori dei suoi confini di applicabilità.

In considerazione di ciò, allora, l'orientamento illustrato non ci pare in grado di escludere la possibilità di fondare l'integrazione mediante diritto dispositivo sull'art. 1374 c.c..

Questo aspetto dovrà essere approfondito nel prosieguo.

Qui preme svolgere una prima considerazione: indipendentemente dal fondamento normativo che si intenda invocare a favore del rimedio in esame, è certo possibile integrare il contratto con la disciplina legislativa dispositiva.

A sostegno di questa conclusione si ravvisano almeno due ordini di argomenti, uno di tipo testuale, l'altro di tipo sistematico.

Dal punto di vista testuale, è lo stesso esame del dato normativo a legittimare l'inserzione nel contratto della regola dispositiva. Già sussistono previsioni in tal senso³²⁰.

Il riferimento è, in primo luogo, alla versione originaria dell'art. 1815, comma 2, c.c., che prevedeva l'applicazione dei termini di pagamento legali, di regola derogabili, in luogo di quelli iniqui. La riespansione della regola generale sugli interessi realizzava così una correzione della pattuizione coerente con la natura onerosa del mutuo mediante la riconduzione della misura degli interessi dovuti dal mutuatario a un parametro di adeguatezza tipizzato dal legislatore³²¹.

³²⁰ Cfr. G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 231-232.

³²¹ Per un'analisi più approfondita della disposizione si rinvia a: M. FRAGALI, *Sub art. 1815*, in *Comm. del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, art. 1813-1822, Bologna-Roma, 2^a ed., 1966, p. 346 ss.. Il testo attuale della disposizione, al contrario, esprime una forte reazione ordinamentale al fenomeno della pattuizione usuraria, preferendo assicurare tutela, in via prioritaria, al mutuatario, tanto da escludere la debenza degli interessi, con conseguente conversione del mutuo da oneroso in gratuito. Cfr. G. ALPA, *Usura: problema millenario, questioni attuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II, p. 181 ss.; A. GENTILI, *I*

Considerazioni analoghe valgono, in secondo luogo, per l'art. 1284, comma 2, c.c., che prevede la nullità del patto sugli interessi ultralegali, ove non venga rispettato il vincolo della forma scritta. Anche in tal caso, se l'accordo sugli interessi è invalido, non viene caducato l'intero contratto, ma si ammette che gli interessi siano dovuti nella misura legale. In questo modo, sembrerebbe di essere alla presenza di un meccanismo legalmente previsto di sostituzione della pattuizione nulla con la norma derogabile dettata dal primo comma dell'art. 1284 c.c., laddove viene determinato il saggio di interessi legale.

Un indice ulteriore della tendenza legislativa ad ammettere la compatibilità tra meccanismo sostitutivo e norma dispositiva lo si rinviene nella legislazione speciale e, in particolare, nell'art. 9 del d.lgs. n. 231/2002, in tema di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. L'art. 7 prevede la nullità della pattuizione sulla data del pagamento o sulle conseguenze del pagamento tardivo nei casi in cui *«avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o del servizio oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza, risulti gravemente iniquo in danno del creditore»*. Nel contempo, la norma in commento consente che la pattuizione dichiarata nulla sia sostituita dalla disposizione sui termini legali.

Sempre nella legislazione speciale, infine, è significativo quanto contemplato sia dall'art. 117, commi 4-7, del T.U.B. in materia di contratti bancari, in cui si prevede: da un lato, la nullità delle clausole di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e delle condizioni economiche del rapporto ovvero la nullità delle clausole in cui si fissano prezzi, tassi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelle pubblicizzati dalla banca; dall'altro, l'applicazione del tasso nominale dei BOT ovvero degli altri prezzi e condizioni pubblicizzati. Per tale via, il legislatore, nella logica di protezione del contraente debole contro clausole opache, consente la salvezza del rapporto contrattuale mediante la sostituzione della pattuizione colpita da nullità (parziale) con la regola dispositiva indebitamente inosservata.

Oltre alle considerazioni che è possibile trarre dall'analisi del dato normativo, un'altro argomento può essere invocato a sostegno della percorribilità del rimedio in esame nelle ipotesi di nullità di una clausola abusiva essenziale. A ben vedere, è la stessa *ratio* della disciplina sulle clausole vessatorie a giustificare la possibilità di correggere il regolamento contrattuale con l'inserzione della regola dispositiva derogata.

Poiché, come già evidenziato, le deroghe al diritto dispositivo, nei negozi asimmetrici, possono nascondere un abuso di potere contrattuale da parte del contraente forte, ove si accerti che quella deroga produca un significativo squilibrio del regolamento, appare ragionevole invocare proprio la norma abusivamente derogata per colmare la lacuna. In tal

contratti usurari: tipologie e rimedi, in Riv. dir. civ., 2001, I, p. 369 ss.; G. PASSAGNOLI, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, cit., p. 13 ss..

modo, si realizza la conservazione del contratto, che risulta conformato per effetto della inserzione della norma di diritto dispositivo. Per tale via, si garantisce così tanto la protezione del contraente debole, quanto l'efficienza del mercato³²².

D'altra parte, l'integrazione del contratto con il diritto dispositivo derogato sembra essere una soluzione concretamente percorribile anche ponendosi in ottica eurounitaria, non essendo esplicitamente esclusa dalla giurisprudenza europea. Anzi, si ricorda che se è vero che, di regola, la Corte di Giustizia ritiene sufficiente, ai fini dell'effettività della tutela del consumatore, la mera caducazione della clausola abusiva, è anche vero che, nella sentenza *Kásler*³²³, ha reputato la sua sostituzione con una disposizione nazionale suppletiva non in contrasto con l'art. 6 della Direttiva n. 93/13/CEE.

E questo caso è tanto più significativo in quanto tale soluzione ha consentito, nella vicenda specifica, di evitare la caducazione del contratto di mutuo in quanto, a seguito della nullità della clausola di cambio da cui dipendeva il calcolo delle rate da pagare, il contratto non avrebbe più potuto funzionare correttamente; in particolare, il mutuario avrebbe dovuto restituire alla banca le somme ricevute a prestito fino a quel momento, subendo un pregiudizio ancor maggiore, rispetto a quello di dover pagare rate svantaggiose.

Come è stato osservato in dottrina, la sentenza relativa al caso *Kásler* «è nitida nello statuire che integrazione ed effettività della tutela, quando la lacuna per vessatorietà involga un essenziale negotii dispositivamente regolato, sono un binomio inscindibile»³²⁴.

4. La valorizzazione della buona fede e la possibile rinegoziazione della clausola abusiva.

Quand'anche si ritengano ammissibili le tecniche integrative finora illustrate, non si può non prendere atto del limite comune alle stesse. Il problema della sopravvivenza del contratto asimmetrico privato di una clausola abusiva essenziale è destinato a riproporsi quante volte non sia dato rinvenire una regola integrativa imperativa o inderogabile oppure una regola integrativa di diritto dispositivo oppure, ancora, quando la regola di diritto dispositivo non

³²² Osserva C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova della clausole c.d. vessatorie, cioè abusive*, cit., p. 39 che sarebbe proprio la *ratio* della nullità e, dunque, l'esigenza di tutela del consumatore, a giustificare che il giudice persegua l'obiettivo della conservazione del resto del contratto attraverso la supplenza di norme dispositive.

³²³ Corte di Giustizia, 30 aprile 2014, causa C-26/13, *Kásler*, cit..

³²⁴ Così S. PAGLIANTINI, *Vecchio e nuovo sull'integrazione del contratto abusivo nel prisma armonizzato delle fonti (partendo da un caso recente), con una postilla sulla sistematica attuale dell'integrazione*, in AA.VV., *Correzione e integrazione del contratto*, opera diretta da F. Volpe, Bologna, 2016, p. 96.

risultati adeguata a regolare il singolo rapporto, in quanto eccessivamente premiale per la parte forte.

In tutte queste evenienze, il tentativo di salvataggio del regolamento contrattuale non può realizzarsi, evidentemente, attraverso i meccanismi sostitutivi o integrativi sopra esposti. Da qui, gli sforzi degli interpreti nel tentativo di individuare rimedi manutentivi alternativi, idonei ad assicurare, comunque, la conservazione del contratto, ovviando alla lacuna sopravvenuta.

Le soluzioni astrattamente prospettabili sono due: ipotizzare un intervento correttivo del giudice oppure valorizzare la clausola generale di buona fede in funzione di un rafforzamento dei doveri dei contraenti. La prima alternativa, la più discussa e discutibile, verrà trattata ampiamente nel prosieguo. Giova ora soffermarsi, innanzitutto, sul ruolo della buona fede quale fonte di doveri contrattuali per le parti.

Come si è visto, la buona fede assurge a principio centrale nel sistema eurounitario, in cui è calata la disciplina della tutela del consumatore. Tanto è vero che, trattandosi di criterio attraverso il quale effettuare il giudizio di vessatorietà, è possibile riconoscere a tale clausola generale la funzione di attribuire al giudice il potere di attuare la c.d. giustizia commutativa nel contratto.

In quest'ottica, se la nullità di protezione mira a eliminare la singola clausola vessatoria (effetto demolitivo), cioè la clausola contrastante con la buona fede contrattuale, in nome anche di una esigenza di giustizia contrattuale, l'effetto conservativo connesso a quel rimedio potrebbe essere realizzato, secondo alcuni autori, ipotizzando una rinegoziazione del suo contenuto³²⁵.

Si tratta, allora, di valutare se la sussistenza di un generale dovere di rinegoziazione, legato alla buona fede contrattuale, possa essere invocata al di fuori della disciplina della gestione delle sopravvenienze nei contratti di durata, ove tale strumento è stato originariamente teorizzato. In particolare, occorre chiedersi se la logica sottesa agli strumenti di manutenzione del contratto contro le sopravvenienze atipiche elaborati dalla dottrina possa applicarsi anche a una lacuna sopravvenuta a seguito della declaratoria di nullità di una clausola vessatoria essenziale.

Come noto, la teoria della rinegoziazione, in generale, è stata elaborata nell'ambito del dibattito relativo all'adeguamento delle condizioni contrattuali nei negozi di durata in presenza di fattori sopravvenuti alla loro conclusione, ove questi ne abbiano alterato

³²⁵ Cfr. E. NAVARRETTA, *I contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006, p. 528, secondo la quale « proprio la centralità del ruolo della buona fede oggettiva, con la quale contrasta la stipulazione di un contratto squilibrato frutto di un abuso, suggerisce di attingere dalla stessa clausola generale la possibilità di un rimedio correttivo, la rinegoziazione in conformità con la buona fede oggettiva, coerente con il modello proposto dai PECL e dai Principi *Unidroit* e che, a sua volta, ispira la possibile ricostruzione di un principio implicito nel nostro sistema».

l'equilibrio. Tale teoria mira, infatti, a fornire uno strumento attraverso il quale risolvere il problema delle sopravvenienze atipiche, cioè dell'incidenza, sulle condizioni contrattuali, di fattori sopravvenuti che non sono previsti né dalla legge, né dal contratto³²⁶.

Un problema di rimedi manutentivi non si pone quando viene in considerazione una sopravvenienza tipica, essendo questa gestibile attraverso rimedi legali.

Due sono le specifiche vicende perturbatrici del sinallagma contemplate dal codice civile, benché molto diverse tra loro: da un lato, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, che può essere gestita solo attraverso il rimedio caducatorio della risoluzione del contratto, ai sensi dell'art. 1463 c.c.; dall'altro, l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione, che, invece, può essere superata non solo con la risoluzione del contratto, ma anche attraverso un rimedio manutentivo, quale l'offerta di modifica del contratto, ai sensi dell'art. 1467, comma 3, c.c.³²⁷.

Benché il legislatore abbia tipizzato unicamente le predette ipotesi di sopravvenienze, contemplando solo per una di esse un rimedio manutentivo, il problema della loro gestione non si pone neanche quando, pur non ricorrendo l'ambito di operatività di quelle, siano le parti ad aver previsto le circostanze che possono incidere sul contratto, individuando anche i relativi rimedi. Ciò avviene attraverso la pattuizione di clausole di adeguamento automatico

³²⁶ Sul tema generale si vedano, *ex multis*: R. TOMMASINI, *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, p. 104 ss.; P. GALLO, *Sopravenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996; M. BARCELLONA, *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Eu. dir. priv.*, 2003, p. 467 ss.; G. SICCHIERO, *Rinegoziazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., agg. II, Torino, 2003, p. 1200 ss.; F. GAMBINO, *Rinegoziazione (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 2006, p. 1 ss.; M.C. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 155 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, p. 585 ss..

³²⁷ Cfr. C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schelsinger, artt. 1467-1469, Milano, 1995; F. MACARIO, *La risoluzione per eccessiva onerosità. Principi e regole generali*, in *Tratt. contr.*, diretto da V. Roppo, V, Rimedi, 2, a cura di V. Roppo, Milano, 2006, p. 615 ss.; P. GALLO, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e problema di gestione del contratto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., agg. VII, Torino, 2012, p. 470 ss.. Si ricorda che, all'esito della riforma del *code civil* francese del 2016, è stato riformato l'art. 1195 *code civil*, con l'introduzione della *révision pour imprévision*, cioè di una nuova disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. Ciò che più colpisce è il sistema rimediale approntato dal legislatore francese a fronte di cambiamenti di circostanze imprevedibili, tali da rendere l'esecuzione del rapporto eccessivamente onerosa. La parte svantaggiata dalla sopravvenienza ha la possibilità, in prima battuta, di chiedere la rinegoziazione dell'accordo originario, affinché venga raggiunto l'obiettivo della conservazione del vincolo contrattuale. Ove, però, la controparte rifiuti il consenso all'accordo di rinegoziazione ovvero questa fallisca, le parti possono accordarsi nel senso di determinare le condizioni dello scioglimento del contratto o, in alternativa, possono chiedere al giudice di adeguare il contratto, indicando i criteri ai quali questi deve attenersi. Laddove le parti non raggiungano un accordo neanche in tal senso, il giudice, su domanda di una di esse, può procedere allo scioglimento o addirittura all'adeguamento del contratto. È evidente come la riforma attribuisca al giudice un potere di intervento sul contratto molto incisivo e profondo, potendo provvedere ad adeguarlo in nome dell'esigenza di assicurarne la conservazione il più possibile. Le novità influenzerà, sicuramente, le riflessioni anche del nostro ordinamento su questo tema, essendo espressiva della tendenza ad ampliare il sindacato giudiziale sul contratto, al fine di garantire l'equilibrio dello stesso. Per un primo commento su questo profilo della riforma si rinvia a E. TUCCARI, *Prime considerazioni sulla "révision pour imprévision"*, in *Persona e mercato*, 2018, 1, p. 130 ss.; P. ABAS, *La riforma del diritto delle obbligazioni in Francia con particolare riferimento alla sopravvenienza contrattuale*, *ivi*, pp. 27 ss..

del contratto alla sopravvenienza. Tra queste, sono molto diffuse nella prassi, soprattutto dei traffici internazionali, le clausole c.d. di rinegoziazione (note come *hardship clauses*), per effetto delle quali, le parti si vincolano a esprimere una nuova manifestazione di volontà a contenuto non predeterminato³²⁸. La rinegoziazione mira, dunque, al raggiungimento di un accordo di revisione contrattuale tra i contraenti, in modo da consentire la conservazione del contratto alla luce, però, del mutamento delle circostanze in cui si svolge l'affare.

Come è stato correttamente osservato, «*la rinegoziazione consente, in definitiva, di superare la secca "logica binaria" che ruota attorno ai poli dell'esecuzione del contratto nonostante le alterazioni intervenute oppure dello scioglimento dello stesso, suggerendo che la fase di esecuzione del contratto conosca ragioni sue proprie, diverse ma correlate rispetto a quelle che hanno animato la fase di definizione dell'atto negoziale e del suo perfezionamento*»³²⁹.

In mancanza di un rimedio tipico o convenzionale, parte della dottrina ritiene di poter invocare la sussistenza di un generale obbligo di rinegoziazione del contratto, che scaturisce dal principio di buona fede contrattuale. In forza di quest'ultimo, dunque, sussisterebbe un obbligo di rinegoziazione di stampo legale e ordinamentale, idoneo a consentire la conservazione del contratto *rebus sic stantibus*, anche a fronte di sopravvenienze c.d. atipiche³³⁰: si tratterebbe di un rimedio legale, in quanto derivante dal dovere di buona fede *ex art. 1375 c.c.*; nel contempo, sarebbe qualificabile anche come ordinamentale, in quanto connesso al dovere generale di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., che informa l'intero ordinamento.

L'invocazione della clausola di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.*, intesa in senso immediatamente precettivo, consente, in particolare, di ipotizzare la sussistenza, in capo ai contraenti, di un dovere di comportarsi in modo solidale davanti alle sopravvenienze che

³²⁸ A. FRIGNANI, *Hardship clause*, in *Dig. disc. Priv.*, sez. comm., VI, Torino, 1991, p. 446 ss.; S.E. CIRIELLI, *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in *Contr. e impr.-Europa*, 1998, p. 733 ss.; E. GUERINONI, A. MANIACI, *Clausola di hardship e compatibilità con l'ordinamento italiano*, in *Dir. e pratica societaria*, 1999, 24, p. 25 ss..

³²⁹ Così F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 587.

³³⁰ In realtà, giova precisare che la valorizzazione della buona fede, in sede di esecuzione del contratto, consente di ipotizzare due rimedi contro le sopravvenienze atipiche. Oltre alla rinegoziazione, la buona fede può dare la stura al rimedio della inesigibilità della prestazione divenuta sproporzionata. In questo caso, non si è alla presenza di un vero e proprio rimedio manutentivo, perché la prestazione, in effetti, non viene adeguata, ma soltanto paralizzata: il contratto continua a produrre i suoi effetti, mentre la prestazione squilibrata o non viene eseguita e resta sospesa o viene eseguita solo per la parte in cui rispetta l'equilibrio del contratto. L'inesigibilità costituisce, dunque, uno strumento di gestione della sopravvenienza atipica che si identifica nel rimedio generale contro le ipotesi di abuso del diritto. Esso, però, pone il problema dell'estensione del sindacato del giudice, poiché, nel caso di inesigibilità parziale, implica il potere del giudice di valutare l'adeguatezza della prestazione parziale in rapporto all'equilibrio originario del contratto e alla sopravvenienza. Sul tema, si vedano: M. BESSONE, *Impossibilità "economica" della prestazione, clausola generale di buona fede e giudizio di equità*, in *Foro it.*, 1979, V, p. 49 ss.; G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004; M. AZZALINI, *Impossibilità ed inesigibilità nel debito di genere*, Milano, 2011; O. CLARIZIA, *Soppravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012.

alterano l'originario equilibrio del contratto, in nome dell'esigenza di assicurare, il più possibile, la conservazione del regolamento pattuito.

D'altra parte, l'ammissibilità di un generale dovere di rivedere l'accordo raggiunto dalle parti trova, oggi, riconoscimento anche a livello sovranazionale³³¹.

I Principi *Unidroit*, innanzitutto, prevedono, espressamente, che la parte svantaggiata dalla sopravvenienza abbia il diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto, a fronte del quale sussiste, quindi, un correlativo obbligo a carico della controparte. In particolare, si prevede che, in caso di mancato raggiungimento di un accordo di revisione, il giudice possa disporre la risoluzione del contratto o, addirittura, la modifica dello stesso, al fine di ripristinare l'originario equilibrio (cfr. sezione II, art. 6.2.1, 6.2.2., 6.2.3).

Anche i *Principles of European Contract Law* contemplano il fenomeno della sopravvenienza e danno attenzione al rimedio manutentivo della revisione del contratto. L'art. 6:111 prevede che il mutamento delle circostanze in cui il contratto è stato concluso fa sorgere un obbligo di revisione su entrambe le parti, ove quel contratto risulti eccessivamente oneroso e squilibrato a vantaggio di una sola. In tal modo, ai contraenti è data la possibilità di decidere di modificare il rapporto contrattuale, in deroga al principio *pacta sunt servanda*; solo in caso di disaccordo, essi possono rivolgersi al giudice, al quale è attribuito il potere di intervenire sul contratto modificandolo in sostituzione delle parti.

Il codice europeo dei contratti, infine, contempla un obbligo di rinegoziazione, la cui violazione fa scattare o lo scioglimento del contratto o la modifica giudiziale dello stesso, in modo da distribuire equamente tra le parti i vantaggi e le perdite derivanti dalla sopravvenienza (cfr. art. 157, comma 5).

Come confermato anche dal dato europeo, la valorizzazione della buona fede in sede di esecuzione del contratto consente, dunque, di sanzionare l'illegittima pretesa di una parte di ottenere l'attuazione di una prestazione i cui presupposti siano, nel frattempo, mutati. Rivedendo l'accordo, i contraenti possono, invece, gestirne la fisiologica incompletezza, al fine di evitare una caducazione del vincolo contrattuale, che pregiudicherebbe maggiormente gli stessi. Tale strumento, inoltre, essendo rimesso alla autonomia negoziale dei privati e, svolgendo, quindi, una funzione di sussidio a questa³³², è idoneo a contemperare due opposte

³³¹ Cfr. F. GRANDE STEVENS, *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Napoli, 1998; C. CASTRONOVO, "I principi di diritto europeo dei contratti" come ipotesi di codificazione possibile, in *Vita not.*, 2002, p. 1202 ss.; G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l'inizio dell'esecuzione - Dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Eu. dir. priv.*, 2005, p. 309 ss.; M. BARCELLONA, M.R. MAUGERI, *Il mutamento delle circostanze e l'obbligo di rinegoziare*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, a cura di C. Castronovo-S. Mazzamuto, Milano, 2007, p. 521 ss..

³³² Osserva F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, cit., p. 319 che «la rinegoziazione tende, non a comprimere, bensì a realizzare la volontà delle parti così come si esprime nell'atto di autonomia». Gli fa eco F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 590, secondo il quale, «la rinegoziazione esalta l'autonomia privata più che mortificarla o comprometterla, poiché poggia su

esigenze: da un lato, il principio *pacta sunt servanda*, dall'altro, il principio *rebus sic stantibus*.

Se quella brevemente illustrata è la logica sottesa allo strumento della rinegoziazione, si tratta di stabilire se essa possa essere invocata anche per quelle ipotesi in cui il mutamento delle circostanze esistenti al momento della stipulazione consista nel sopravvenire di una lacuna contrattuale, a seguito della invalidazione di una clausola vessatoria essenziale. Occorre, dunque, chiedersi, se la declaratoria di nullità della clausola vessatoria possa essere equiparata, sotto il profilo del trattamento, a una sopravvenienza e se, quindi, la rinegoziazione possa costituire un rimedio percorribile anche in quest'ultimo contesto.

L'ammissibilità della rinegoziazione, in caso di nullità (parziale necessaria) del contratto, è un tema che si intreccia, come accennato, con il ruolo riconosciuto alla buona fede anche nell'ambito del sistema eurounitario.

Nel caso in cui venga riscontrata la vessatorietà di una clausola inserita in un contratto di consumo, apparirebbe contrario alla buona fede e, dunque, al dovere di solidarietà sociale consentire che questo continui a essere eseguito in pregiudizio della parte debole. Da qui deriva, certamente, la nullità di quella pattuizione, ma, in conseguenza della stessa, e per effetto delle predette clausole generali, si potrebbe ipotizzare anche la possibilità, per le parti, di rivedere l'accordo originario sulla stessa, sì da colmare la lacuna.

In questa prospettiva, l'accertamento della vessatorietà e il conseguente vuoto contrattuale potrebbe essere equiparato ad una sopravvenienza atipica, idonea far scattare l'obbligo di rinegoziarne il contenuto. In tal modo, la gestione di quella lacuna verrebbe rimessa all'autonomia privata, eventualmente sotto il controllo del giudice, così da consentire di modificare il regolamento nei termini più utili ed equi per entrambe le parti. E questa soluzione sarebbe tanto più significativa quanto più la clausola da rivedere sia essenziale per la sopravvivenza stessa del contratto.

Parte della dottrina ritiene che non si frappongano particolari ostacoli alla possibilità di ipotizzare una riformulazione spontanea della clausola nulla³³³. Anzi, tale rimedio viene visto come particolarmente utile, soprattutto quando non sia possibile invocare l'impiego di meccanismi sostitutivi/integrativi per mancanza del materiale normativo da inserire nel contratto³³⁴.

una concezione del contratto destinato a protrarsi nel tempo come un congegno "vitale" nel quale il potere delle parti di porre regole reciproche non si esaurisce nell'atto di perfezionamento dell'accordo».

³³³ Cfr. L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, cit., p. 273 ss..

³³⁴ A riguardo, si ricorda che, in dottrina, S. MAIORCA, *Tutela dell'aderente e regole di mercato nella disciplina generale dei "contratti del consumatore"*, Torino, 1998, p.148-149, con riferimento al testo dell'art. 1469-*quinquies* c.c., prospettava la possibilità che, ove non sia praticabile l'integrazione del contratto con parametri legislativi, la rinegoziazione venga considerata un obbligo di contrattare a carico del professionista, sì da pervenire a un nuovo incontro di volontà tra le parti. E tanto nell'idea che la rimanente parte del contratto, una volta eliminata la clausola vessatoria, andrebbe considerata alla stregua di un

Ma l'effetto finale della rinegoziazione, a ben vedere, sarebbe il medesimo conseguibile con i predetti strumenti modificativi, ossia consentire la conservazione del contratto nel rispetto delle norme che disciplinano la materia, nonché in conformità alla stessa buona fede. La differenza è che questo effetto manutentivo viene conseguito non tramite l'intervento del giudice, volto a richiamare nel contratto le regole violate, ma, esclusivamente, in virtù della cooperazione tra le parti che, in nome della buona fede in precedenza violata, si accordano diversamente – stavolta nel rispetto della legge e della buona fede - su certi termini del regolamento.

Per effetto della rinegoziazione, dunque, è l'accordo tra le parti a integrare e modificare il regolamento contrattuale mal funzionante per effetto della sopravvenienza. E tanto sarebbe coerente con l'idea che si tratti di uno strumento volto a reagire a una forma di abuso del diritto (cioè della libertà contrattuale), da parte del professionista. Poiché tale abuso impedisce la normale negoziazione del contenuto del contratto, sarebbe possibile invocare, come sanzione per quest'ultimo, proprio l'obbligo di sottoporre a negoziazione quella pattuizione.

Non a caso, a sostegno della ammissibilità della rinegoziazione, viene da taluni evidenziato come tale soluzione sia la più efficace rispetto a quelle sinora prospettate, in quanto sarebbe quella maggiormente rispondente all'esigenza di tutela del consumatore. Difatti quest'ultimo verrebbe posto nella condizione di esercitare pienamente quella libertà contrattuale che, per effetto del contegno abusivo del professionista, non si era potuta estrinsecare in modo corretto, così da partecipare alla determinazione del contenuto della clausola essenziale per la sopravvivenza del contratto³³⁵.

In effetti, la revisione dei termini dell'accordo costituirebbe una soluzione di compromesso tra esigenze contrapposte. Per un verso, essa consente di sanzionare il professionista che ha abusato del potere contrattuale, vincolandolo a modificare il contenuto della clausola in senso non abusivo, per evitare di veder sfumare l'affare; per altro verso, si garantisce al consumatore la possibilità di estrinsecare la propria autonomia negoziale, in precedenza compressa, prendendo parte attiva alla formulazione del contenuto di quella clausola così importante per la sopravvivenza del contratto.

Questa impostazione, tuttavia, non trova pacifico accoglimento in dottrina. Vi è chi osserva

contratto in via di formazione. Poiché l'inefficacia colpisce clausole o elementi negoziali non sostituibili con i comuni criteri di integrazione, l'efficacia della parte restante del contratto equivarrebbe alla efficacia di una proposta solo parzialmente accettata, o meglio, all'accettazione integrale di una proposta parziale, in quanto originariamente priva di elementi essenziali per la conclusione del contratto. Nonostante le perplessità che tale ricostruzione può suscitare, anch'essa assume rilievo per la connessione che instaura con la clausola della buona fede. L'Autore osserva, infatti, che, in entrambe le soluzioni prospettate, «le conseguenze di tale inefficacia si svolgono direttamente sul piano del principio di “buona fede” nella formazione del contratto. Principio che va visto, in specie, come aspettativa del consumatore (...) alla corretta e leale propensione della controparte a pervenire al perfezionamento del contratto».

³³⁵ In tal senso, A. SPADAFORA, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede. Prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno*, Torino, 2007, p. 287.

che il concetto di rinegoziazione, in tema di clausole vessatorie, pur non essendo astrattamente incompatibile con la nullità parziale necessaria, difficilmente, però, potrebbe essere invocato nei termini di un vero e proprio “obbligo” discendente dalla buona fede³³⁶. Se uno spazio può essere riconosciuto alla rinegoziazione in questo ambito, sarebbe solo sotto forma di spontanea riformulazione di una parte del contenuto contrattuale. L'idea di un obbligo a carico del professionista contrasterebbe, invero, con il carattere tendenzialmente standardizzato dei contratti con i consumatori. Il fatto che, in genere, tali contratti siano redatti secondo moduli o formulari preconfezionati e siano conclusi con un numero indeterminato di consumatori renderebbe poco realizzabile, nella pratica, l'idea di obbligare le parti a rinegoziare la singola clausola abusiva, pena il rischio, per il professionista, di dover rivedere tutti i contratti di quello stesso tipo da lui stipulati. Quest'ultimo si troverebbe, infatti, nelle condizioni di non poter adempiere a un siffatto dovere generale, con conseguente depotenziamento del rimedio.

Tuttavia, l'obiezione appena esposta non ci sembra persuasiva. Considerare la rinegoziazione quale mera facoltà, e non come obbligo *ex lege*, non solo contrasterebbe con il fondamento dell'istituto, cioè con l'obbligo per le parti di comportarsi secondo buona fede; ma finirebbe anche per frustrare la funzione del rimedio. Difficilmente, infatti, ci sembra che il professionista sarebbe portato a rinegoziare in modo spontaneo la clausola da lui stesso imposta, in quanto vantaggiosa, ove non vi fosse un obbligo in tal senso³³⁷.

Maggiori problemi si pongono, piuttosto, se si focalizza l'attenzione sul versante patologico. La principale perplessità riguarda la individuazione delle conseguenze dell'inadempimento o del non esatto adempimento dell'obbligo di rinegoziare, nonché l'analisi degli strumenti di reazione ordinamentale. La questione è intimamente legata al più generale tema del significato da riconoscere alla buona fede contrattuale. Ci si interroga, infatti, in dottrina, in ordine alla qualificazione dell'obbligo di rinegoziazione.

Due sono le tesi che si contendono il campo.

La dottrina dominante qualifica siffatto obbligo come un “obbligo di contrattare”, cioè di

³³⁶ Si veda, in particolare, L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, p. 434.

³³⁷ In dottrina, è stato osservato che la rinegoziazione spontanea potrebbe avere luogo, al più, nel caso in cui determinate clausole siano già state dichiarate vessatorie in un giudizio collettivo, in seguito al quale il professionista abbia rivisto gli schemi negoziali fino a quel momento utilizzati; oppure nel caso in cui sia già pendente un giudizio individuale o collettivo; non ultimo, lo stesso professionista potrebbe avere interesse ad avviare una revisione programmatica dei rapporti contrattuali in corso. Cfr. L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, cit., p. 434 ss.. Si discute, inoltre, circa l'opportunità che dall'obbligo di rinegoziazione, sorto con riguardo al singolo caso concreto, possa discendere anche un obbligo generalizzato, per il professionista, di rivedere tutti i contratti dello stesso tipo da lui stipulati, persino in mancanza di specifica impugnazione da parte dei singoli consumatori parti di quei negozi. A riguardo, ci sembra che se, da un lato, questa prospettiva attribuisce al rimedio in esame una efficacia anche marcatamente dissuasiva e deterrente, oltre che sanzionatoria; dall'altro, il rischio è di configurare una soluzione rimediale eccessivamente sbilanciata a danno del professionista.

ridiscutere il contenuto del contratto, alla luce della sopravvenienza, nell'ottica di individuare un nuovo equilibrio. Di conseguenza, a fronte dell'inadempimento di un dovere così concepito, sarebbe possibile invocare soltanto la risoluzione del contratto, oltre al risarcimento del danno.

Poiché l'illustrata tesi fornirebbe alla parte che subisce la sopravvenienza un rimedio manutentivo debole, vi è chi prospetta l'obbligo di rinegoziare come un "obbligo di contrarre", cioè come dovere di collaborazione delle parti in funzione del riequilibrio del contratto. In questa prospettiva, l'inadempimento dello stesso farebbe scattare il diverso rimedio della esecuzione in forma specifica, ai sensi dell'art. 2932 c.c., garantendo, quanto meno per la parte che subisce il pregiudizio, di realizzare il proprio interesse alla conservazione del vincolo contrattuale.

Quest'ultima soluzione, da un lato, fornisce un rimedio manutentivo ben più efficace e soddisfacente per la parte debole; ma, dall'altro, nasconde il rischio di attribuire al giudice un penetrante potere di sindacato sul contratto, potendosi, sostanzialmente, sostituire alla parte inadempiente.

Proprio questa evenienza suscita, obiettivamente, perplessità, sotto il profilo della sua compatibilità con il principio dell'autonomia privata. Ma, d'altra parte, anche la prima tesi non consente di conseguire appieno, in un'ottica di effettività di tutela, il risultato conservativo avuto di mira, conducendo, inevitabilmente, alla risoluzione del contratto.

Un ulteriore elemento di complessità nell'analisi del rimedio della rinegoziazione è rappresentato dai dubbi relativi alla possibilità di considerare la declaratoria di nullità per vessatorietà di una clausola come una ipotesi di sopravvenienza a cui consegua la riformulazione del contratto. A ben vedere, sembrerebbe difficile equiparare un difetto originario del contratto (come la pattuizione frutto di un abuso della libertà contrattuale in sede di formazione del contratto), a un mutamento delle circostanze esterno e del tutto indipendente dalla volontà delle parti³³⁸. Sarebbe, dunque, più opportuno tenere distinti i due fenomeni e, conseguentemente, i rimedi invocabili, che dovrebbero essere, necessariamente differenti.

Un conto è l'iniquità sopravvenuta, imputabile a una sopravvenienza, e suscettibile di essere superata attraverso la valorizzazione della buona fede, quale fonte di un obbligo di cooperazione tra le parti, inteso come dovere di rivedere il contenuto contrattuale. Altro è l'iniquità originaria del contratto, dovuta a un abuso di forza contrattuale di una parte in danno dell'altra, che è connaturata al regolamento posto in essere, rendendolo *ab origine* squilibrato. In tal caso, a fronte della nullità della clausola, quale rimedio a un vizio genetico del contratto,

³³⁸ Cfr. A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adeguamento del contratto*, cit., p. 280-282.

l'effetto protettivo si realizzerebbe, compiutamente, con l'inserzione nel contratto, per mano del giudice, dalla regola cogente o dispositiva non osservata dal professionista³³⁹.

Certo è che, allora, accogliendo questi rilievi, di fronte alla mancanza di una norma dispositiva da inserire nel contratto, rimarrebbe frustrata, una volta sbarrata la strada della rinegoziazione, la possibilità di conservare il contratto.

Sebbene questi ultimi rilievi abbiano un loro fondamento giuridico, non ci pare, tuttavia, che consentano di escludere a priori e in ogni caso la possibilità di ipotizzare che dal generale dovere dei contraenti di comportarsi secondo buona fede (in sede di formazione del contratto) possa discendere, in caso di violazione, un rimedio manutentivo come l'obbligo di rinegoziazione. Se l'obiettivo della tutela contro le clausole abusive è la protezione del consumatore, e se questa esigenza si realizza attraverso il tentativo di conservare il più possibile il significato del vincolo contrattuale, dovrebbe ritenersi consentita la possibilità di lasciare alle parti l'integrazione della lacuna sopravvenuta, mediante una revisione concordata del contenuto della clausola vessatoria³⁴⁰.

È vero che, volendo aderire alla tesi prevalente, in caso di inadempimento del dovere da parte del professionista, il consumatore subirebbe la risoluzione dell'intero contratto; ma è anche vero che, a tale esito, si perviene solo dopo aver tentato ogni possibile strada per rimediare all'abuso di potere contrattuale. E questo risultato caducatorio, a ben vedere, costituirebbe un deterrente per il professionista, il quale, piuttosto che subire i pregiudizi connessi alla perdita dell'affare, sarebbe indotto a collaborare per tentare di far funzionare al meglio il contratto preesistente.

Nel contempo, va chiarito che il consumatore sarebbe tutelato pure contro il rischio che l'abuso di potere esercitato dal professionista al momento della stipulazione del contratto si protragga anche in sede di rinegoziazione. Laddove, infatti, quest'ultimo, nel rivedere la

³³⁹ Il criterio della rinegoziazione è contestato, sotto il profilo in esame, da V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, cit., p. 371-372, secondo il quale, tale rimedio potrebbe operare solo in ipotesi di equilibrio contrattuale sopravvenuto, laddove, cioè, esista un equilibrio originario di raffronto da salvaguardare; mentre, nella fattispecie in esame, il contratto nasce *ab origine* squilibrato, per effetto della mancata negoziazione della clausola concernente un elemento essenziale. Secondo l'Autore, infatti, il rimedio più appropriato, in queste ipotesi, sarebbe l'adattamento del contratto ad opera di un soggetto terzo, il giudice, sulla base del principio della buona fede.

³⁴⁰ L'importanza del rimedio in esame è a tal punto avvertita anche a livello europeo che la stessa Corte di Giustizia tende ad ampliarne l'ambito di operatività, riconoscendo alla rinegoziazione non solo la funzione di strumento di conservazione del vincolo contrattuale, in caso di sopravvenienze squilibranti, ma anche la funzione di correttivo del regolamento negoziale, in caso di violazione di norme comunitarie (cfr. Corte di Giustizia, 24 aprile 2007, causa C-532/2004, in *Racc. giurisp.*, 2007, p. I-03267). Questo significa che la rinegoziazione si configura come un rimedio che consente di tutelare non solo l'interesse particolare della parte svantaggiata dalla sopravvenienza, ma anche l'interesse generale al rispetto delle regole del diritto europeo. Sul tema si veda A.M.C. UDA, *La revisione del contratto in ambito europeo*, in *Riv. giur. sarda*, 2010, p. 492-493. Tra queste regole, allora, ben potrebbe essere menzionato il rispetto della disciplina della concorrenza, la cui violazione, da parte del professionista, potrebbe giustificare un dovere di correggere il regolamento negoziale, mediante un nuovo accordo tra i contraenti, diretto alla modifica della clausola abusiva.

clausola vessatoria, tentasse di modificare in modo malizioso anche un'altra o più clausole contrattuali per superare la pronuncia di vessatorietà, si sarebbe fuori dal perimetro dell'istituto della rinegoziazione. Si tratterebbe, piuttosto, di un tentativo di rinnovazione del contratto, poiché quella forma di rinegoziazione mirerebbe, in realtà, a modificare l'intero regolamento; ma tale operazione non sarebbe ammissibile. Né, tanto meno, si potrebbe qualificare quella condotta come espressione del potere di convalida della nullità della clausola, pena il rischio, di consolidare l'iniziale situazione di squilibrio strutturale del contratto³⁴¹.

Diverso è, invece, l'effetto della rinegoziazione delle clausole abusive, che appare compatibile con la nullità delle stesse in quanto, come osservato da attenta dottrina, essa «rimuovendo l'abuso ed eliminando l'illiceità, non equivale a una sanatoria: la clausola non viene semplicemente sanata, ma riceve ex novo forza ed efficacia»³⁴².

Questa impostazione troverebbe conforto, oltretutto, nel dato comparato, atteso che la teoria della rinegoziazione è stata studiata particolarmente dalla dottrina francese³⁴³, la quale ammette la compatibilità tra rinegoziazione e nullità contrattuale, concependo la prima come strumento di modifica dell'accordo iniziale viziato da nullità per renderlo conforme al diritto. Anzi, la possibilità di una *régularisation* o di una *réfection* del contratto, in una materia come quella consumeristica, assicurerebbe quell'effettività della protezione della parte debole perseguita dal diritto europeo.

In definitiva, la correzione del contratto nullo da parte degli stessi contraenti rappresenterebbe, forse, lo strumento più appropriato per tutelare l'interesse del consumatore, il quale intenda mantenere il contratto modificato, piuttosto che subire la caducazione dello stesso. Non ultimo, questa soluzione, consentendo alle parti di conformare la disciplina contrattuale secondo i propri interessi, una volta eliminato lo squilibrio, costituisce un rimedio fondato sull'autonomia privata che, meglio di altri, risponde alla logica contrattuale e all'esigenza di efficienza del rapporto³⁴⁴.

³⁴¹ Secondo una certa impostazione, sarebbe possibile, tutt'al più, ipotizzare la conversione della parte rimanente del contratto originario, in quanto, per il resto, il contratto resta valido ed efficace. La conversione consentirebbe di trasformare la parte residua in un diverso contratto, ove ne ricorrano i presupposti. Ma questa operazione dovrebbe essere comunque condotta avendo di mira, esclusivamente, l'interesse e il vantaggio per il consumatore. Questa possibilità è stata sostenuta da S. MAIORCA, *Tutela dell'aderente e regole di mercato nella disciplina generale dei "contratti del consumatore"*, cit., p. 150. Suscita dubbi, tuttavia, la possibilità di configurare la conversione rispetto a una parte del contratto valida ed efficace, atteso che questo istituto presuppone, per poter operare, la nullità del negozio da convertire; ma tali dubbi sono, probabilmente, da contestualizzare in relazione all'analisi condotta dall'Autore sul dettato dell'art. 1469-quinquies c.c. concernente l'inefficacia, non la nullità della clausola.

³⁴² Così A. BELLELLI, *Art. 1469-quinquies, comma 1 e 3*, cit., p. 703-704.

³⁴³ Si vedano: J. GHESTIN, *Le contract: formation*, in *Traité de droit civil*, 2^aed., Paris, 1988, p. 945 ss.; G. ROUHETTE, *La révision conventionnelle du contrat*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1986, p. 369 ss.; R. FABRE, *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, in *Rev. tr. dr. civ.*, 1983, p. 1 ss..

³⁴⁴ Cfr. A. BELLELLI, *Art. 1469-quinquies, comma 1 e 5*, cit., p. 704.

5. Il meccanismo dell'integrazione correttiva del giudice.

In mancanza di materiale normativo dispositivo idoneo a consentire l'attivazione degli strumenti integrativi, potrebbe venire in considerazione, oltre all'illustrato rimedio della rinegoziazione, anche un'ulteriore possibilità, per quanto molto discussa: il meccanismo della correzione giudiziale del contratto recante pattuizioni abusive.

Ci si interroga, in dottrina e in giurisprudenza, circa l'ampiezza dei poteri del giudice sul contratto, in particolare, circa la possibilità che, contestualmente alla dichiarazione di nullità della clausola essenziale, il giudice effettui un intervento correttivo sul contratto rimasto in piedi, ma claudicante, non attraverso il richiamo alla norma (dispositiva o imperativa) violata, bensì attraverso l'elaborazione di una regola adeguata.

Il tema, come già evidenziato, è particolarmente delicato e attuale, perché attiene ai rapporti tra poteri di sindacato del giudice e autonomia negoziale dei privati. Tanto è vero che l'interrogativo sollevato si pone non soltanto nei casi in cui manchino del tutto norme dispositive per integrare la lacuna contrattuale, ma anche quando siffatte norme vi siano e si reputi l'intervento del giudice lo strumento più adatto a garantire una tutela effettiva e proporzionata per il contraente debole.

In effetti, se la logica sottesa alla nullità di protezione è quella di favorire la manutenzione, piuttosto che la caducazione, del contratto, non apparirebbe, in sé, incongruo riconoscere al giudice il potere di “correggere” il contratto mediante la predisposizione di un regolamento equo. Anzi questo appare, a detta di molti, uno strumento particolarmente duttile, in quanto in grado di assicurare una soluzione correttiva efficace, in relazione agli interessi delle parti, sotto l'ombra del parametro della buona fede o della equità.

D'altra parte, le perplessità legate al riconoscimento di un generalizzato potere di correzione giudiziale sono molteplici sia per l'inevitabile compressione dell'autonomia privata che ne conseguirebbe, sia per le incertezze che si riconetterebbero alla inserzione di regole contrattuali di volta in volta predisposte dal giudice in relazione al caso concreto.

L'analisi del rimedio in esame, dunque, richiede di indagare le ragioni che possono essere prospettate a sostegno dello stesso. Vediamo quali sono.

5.1 (segue) Analisi degli argomenti a favore dell'intervento intergativo giudiziale.

La dottrina favorevole a ipotizzare una modificazione correttiva giudiziale del regolamento fa leva su molteplici argomenti, di massima condivisi dalla maggior parte degli autori, salvo poi dividersi - come si vedrà - circa il parametro di quell'intervento. Non appare chiaro, infatti, quale sia il criterio alla stregua del quale il giudice possa elaborare la regola idonea a integrare la lacuna contrattuale, venendo invocata talora la buona fede, talaltra l'equità.

Nell'impostare l'analisi di questo orientamento, giova passare in rassegna i tre argomenti principali in forza dei quali viene sostenuta l'ammissibilità dell'integrazione correttiva: quello normativo, quello comparato, quello di sistema.

Innanzitutto, l'argomento normativo. Il problema dei poteri correttivi si pone all'attenzione degli interpreti in considerazione della tendenza del legislatore, europeo e nazionale, a riconoscere al giudice un sindacato via via più ampio sull'equilibrio, anche economico, dei contratti.

Quanto al dato normativo interno, si osserva, in dottrina, come vi sarebbero varie disposizioni che contemplano un intervento giudiziale sul contratto in funzione di riequilibrio, reputato sintomo di quella tendenza del giudice a interferire più attivamente sul regolamento in nome della giustizia contrattuale.

Già nel codice civile vengono ravvisate fattispecie di questo tipo, come l'art. 1450 c.c., in tema di rescissione e l'art. 1467 c.c., in tema di risoluzione per eccessiva onerosità³⁴⁵. Certamente, entrambe le disposizioni sono espressione di quell'impostazione tradizionale, secondo la quale l'ingiustizia contrattuale assume un qualche rilievo solo quando è di carattere procedurale, nel senso che la procedura di formazione del contratto è alterata dalla presenza di circostanze o comportamenti idonei a coartare la libertà negoziale dei privati. L'ordinamento, nella logica codicistica, reagisce a questa ingiustizia procedurale, non all'ingiustizia sostanziale.

Così, nel caso della rescissione, il contratto può essere sciolto quando si accertano, oltre allo squilibrio tra le prestazioni pattuite, anche le circostanze ulteriori prescritte dalla legge (stato di pericolo o di bisogno e approfittamento). In questi casi, al giudice non è attribuito direttamente il potere di riequilibrare il contratto, è la parte che si vede riconosciuta la possibilità di ripristinare l'equilibrio economico, attraverso l'offerta di riduzione a equità.

³⁴⁵ Ma, oltre a queste norme, valide per tutti i contratti, si potrebbero menzionare anche alcune ipotesi di sindacato giudiziale previste specificamente dal legislatore per certi tipi di contratti: l'*actio quanti minoris*, ex art. 1492, comma 1, c.c., che consente al giudice di ridurre il prezzo in caso di vizi della cosa compravenduta; la modificazione del contratto di mandato nei casi di cui all'art. 1710 c.c.; l'art. 1660 c.c. in tema di appalto, che attribuisce al giudice il potere di determinare le variazioni da introdurre al progetto e le correlative variazioni di prezzo, in modo da eliminare il difetto che impedisca l'esecuzione del contratto a regola d'arte.

Naturalmente, tale congegno realizza il suo effetto per il tramite di una pronuncia del giudice, il quale, anziché disporre lo scioglimento del contratto, dichiara la riduzione a equità dello stesso, in presenza della domanda di parte. Benché l'intrusione del giudice sul regolamento sia mitigata dalla richiesta del contraente nel cui interesse il rimedio è preposto e, quindi, si realizzi tramite una sentenza meramente dichiarativa, essa rappresenta, senz'altro, un sintomo della tendenza a valorizzare l'equilibrio contrattuale e, dunque, il sindacato giudiziale. Questo rimedio, inoltre, ha come parametro l'equità poiché la riduzione della prestazione per renderla proporzionata è diretta a ripristinare l'equità dello scambio.

Considerazioni analoghe valgono per l'art. 1467 c.c. in tema di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. L'ultimo comma prevede che la parte contro la quale è domandata la risoluzione, cioè quella avvantaggiata dalla eccessiva onerosità sopravvenuta, può evitare la caducazione del contratto offrendo di modificare equamente le relative condizioni. Anche in questo caso, evidentemente, l'intervento di riequilibrio del giudice è filtrato dalla volontà privata, ma, certo, è espressivo della ammissibilità e della rilevanza riconosciuta a siffatto sindacato, in nome di un principio di equità e di proporzionalità.

Ancor più significativo, alla luce delle recenti prese di posizione giurisprudenziali, è il dettato dell'art. 1384 c.c., che riconosce al giudice il potere di diminuire la clausola penale pattuita dalle parti, ove risulti manifestamente eccessiva, cioè sproporzionata e, quindi, iniqua. L'aspetto più significativo di questa disposizione è l'interpretazione che ne è stata data dalle Sezioni Unite nel 2005, quanto alla questione del carattere officioso o meno del potere del giudice di ridurre la penale.

A fronte di un contrasto giurisprudenziale tra due posizioni diametralmente opposte, espressive di un diverso modo di intendere l'autonomia negoziale, le Sezioni Unite hanno chiarito l'ammissibilità della riducibilità d'ufficio della penale, a prescindere dalla domanda di parte³⁴⁶.

La *ratio* della decisione riposa nella considerazione che, alla base del potere riconosciuto al giudice, sussiste un interesse generale dell'ordinamento a evitare che «*l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela*»; il potere giudiziale, in questi casi, allora, assolve la funzione di «*correggere il potere di autonomia privata riducendolo nei limiti in cui opera il riconoscimento di essa mediante l'esercizio di un potere equitativo che ristabilisca un*

³⁴⁶ In dottrina si vedano: G. DE NOVA, *Clausola penale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988, p. 381 ss.; R. CALVO, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim.*, 2002, p. 297 ss.; U. PERFETTI, *Riducibilità d'ufficio della clausola penale ed interesse soggettivo dell'ordinamento: un rapporto da chiarire*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 196 ss.; A. RICCIO, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 411 ss.; C. ABATANGELO, *La richiesta di riduzione della clausola penale: un'ipotesi di c.d. eccezione in senso lato?*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 43 ss..

congruo contemperamento degli interessi contrapposti»³⁴⁷.

Dalla breve analisi normativa svolta, è possibile trarre una prima considerazione: le norme che introducono rimedi di tipo conservativo, volti a reagire a squilibri, originari o successivi, consentono al giudice di sindacare lo squilibrio del contratto e di eliminarlo, modificando il suo contenuto. Queste norme attribuiscono, dunque, al giudice un potere di sindacato anche molto ampio.

Tuttavia, interpretate secondo la logica tradizionale, tali norme dovrebbero essere lette come del tutto eccezionali: sull'assunto che il contratto rispecchi sempre le preferenze delle parti, il giudice non potrebbe vedersi attribuito un potere generalizzato di incidere sull'equilibrio del contratto, perché, altrimenti, finirebbe per poter sindacare il “merito contrattuale”.

La considerazione sopra svolta, tuttavia, non appare del tutto persuasiva e mostra, oggi, la sua inattualità sotto vari profili, soprattutto per effetto dell'avvento della normativa, di derivazione europea, in materia di c.d. secondo e c.d. terzo contratto: come già evidenziato in precedenza, proprio in questo ambito, il legislatore, sempre più spesso, attribuisce rilevanza all'ingiustizia anche sostanziale, del regolamento, in considerazione della disparità di forza contrattuale delle parti. Ne consegue, in quest'ottica, il progressivo riconoscimento di un sindacato giudiziale sempre più ampio, suscettibile di estendersi anche all'equilibrio economico.

Non solo, ma, addirittura, l'orientamento progressista di una parte della dottrina e della giurisprudenza arriva, oggi, a giustificare un sindacato sullo squilibrio, normativo ed economico, anche a prescindere dall'esistenza di un'asimmetria, a tutela della razionalità ed efficienza dello scambio e, quindi, della giustizia del contratto.

Tanto premesso, giova, però, circoscrivere il campo di indagine ai soli contratti asimmetrici. In quest'ambito, è dato ravvisare varie leggi settoriali nelle quali è tendenzialmente ammessa la verifica e la correzione giudiziale dello squilibrio.

Viene in considerazione, in primo luogo, la legge n. 192/1998 in materia di subfornitura. L'art. 9 dispone la nullità del patto con il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica³⁴⁸, specificando, al secondo comma, che l'abuso può consistere “*nell'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose*”. La disposizione in esame si segnala per la rilevanza che attribuisce al concetto di squilibrio economico, poiché l'asimmetria si traduce nella

³⁴⁷ Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, cit..

³⁴⁸ Cfr. gli studi di: G. GIOIA, *La subfornitura nelle attività produttive*, in *Corr. giur.*, 1998, 8, p. 887 ss.; G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 451 ss.; F. PADOVINI, *La nuova disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Studium iuris*, 1999, p. 5 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in G. Vettori (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., p. 460 ss.; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale*, cit., p. 684 ss..

posizione di subordinazione dell'impresa debole alle condizioni imposte dall'impresa forte per poter rimanere sul mercato.

Ma questa fattispecie è molto simile alle ipotesi di nullità della clausola vessatoria ex art. 33 cod. cons.: anche la declaratoria di nullità della clausola ingiustificatamente gravosa presuppone l'accertamento dell'eccessivo squilibrio tra i diritti e gli obblighi dell'impresa economicamente più debole. La valutazione del carattere abusivo della clausola, nella fattispecie in esame, si articola poi in due parti: il giudice, innanzitutto, accerta lo squilibrio di interessi tra le parti, e poi valuta se lo squilibrio sia sorretto da una giustificazione adeguata, tale da escludere che abbia carattere eccessivo³⁴⁹.

Parte della dottrina ritiene che l'intervento del giudice sul contratto, in questo caso, abbia carattere e funzione equitativi, ai sensi dell'art. 1374 c.c., dovendo vagliare la "intrinseca fondatezza" della deroga alle condizioni generali del mercato realizzata dall'impresa forte, in modo da introdurre nel contratto un diverso equilibrio risultante da valori concorrenziali riscontrabili nel mercato³⁵⁰. Vi è, invece, chi suggerisce di fondare la sostituzione del patto nullo ai sensi dell'art. 9 in commento sulla base del meccanismo di cui all'art. 1339 c.c.; tanto sull'assunto che l'intervento equitativo del giudice, avendo carattere eccezionale, vada limitato ai casi espressamente previsti dalla legge. Nondimeno, questa tesi ammette che al giudice spetti la quantificazione della misura di mercato, determinata sulla base della comparazione con le misure di altri mercati, così da sostituire la clausola dichiarata nulla³⁵¹.

Quel che è certo è che la disciplina in esame non appare del tutto incompatibile con l'idea di un intervento correttivo di stampo giudiziale.

Ma, ancor più significativo, in questa prospettiva, era il testo originario dell'art. 7 del d.lgs. n. 231/2002, in tema di ritardi di pagamento. Questa disposizione ammetteva, espressamente, il potere del giudice di ricondurre a equità l'accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del mancato pagamento che fosse gravemente iniquo in danno del creditore³⁵². Ove l'applicazione dei termini legali non rappresentasse la soluzione migliore, nel caso

³⁴⁹ Cfr. sul punto le riflessioni di G. DI LORENZO, *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009, p. 82 ss., in particolare p. 86.

³⁵⁰ Così G. PAGLIANTINI, *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, cit., p. 508 ss.; A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. Cuffaro, Napoli, 1998, p. 354 ss.; M. LIBERTINI, *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, a cura di G. Gitti, -M. Maugeri-M. Notari, Bologna, 2012, p. 54 ss..

³⁵¹ In tal senso, M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 179 ss..

³⁵² Sul tema, si vedano, *ex multis*: L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Eu. dir. priv.*, 2001, p. 73 ss.; G. DE MARZO, *Ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr.*, 2002, p. 630 ss.; G. DE NOVA, S. DE NOVA, *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Milano, 2003; G. DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti d'impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, in *Studium iuris*, 2003, p. 12 ss.; A. BREGOLI, *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 740 ss.; E. RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr. e impr.*, 2003, 3, p. 308 ss..

concreto, al giudice era data la possibilità di riscrivere, secondo una logica equitativa, il contenuto del contratto, in nome dell'esigenza di garantire una tutela effettiva al creditore.

Per questo motivo, la norma è stata considerata, secondo un certo orientamento, come punto di riferimento per le altre fattispecie contrattuali in cui si ponga il problema di colmare la lacuna sopravvenuta, a seguito della dichiarazione di nullità di una clausola, quante volte non sia dato ravvisare norme sostitutive³⁵³. La regola giudiziale, in questo modo, offrirebbe la soluzione da inserire nel regolamento contrattuale in via eteronoma, analogamente a come opererebbe l'inserimento di una regola dispositiva.

Giova ricordare, tuttavia, come l'argomento testuale fondato sulla disposizione in esame sia stato fortemente ridimensionato da una recente modifica normativa, che, certo, ne ha attenuato l'impatto, ai fini del fondamento della tesi in commento, senza, però, sopire del tutto il dibattito.

Il dettato dell'art. 7 è stato profondamente modificato a seguito del recepimento della Direttiva n. 11/7/UE, con la esplicita esclusione del potere equitativo del giudice. Una volta accertata la natura imperativa della norma violata, il giudice può solo dichiarare la nullità della clausola iniqua e applicare i termini legali. Difatti, viene, oggi, previsto che, in questi casi, trovano applicazione gli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c..

La nuova formulazione, tuttavia, pur avendo superato la previsione di un intervento correttivo del giudice, lascia aperto il dibattito, imponendo di riflettere sulle ragioni per le quali quel potere prima era ammissibile e ora non lo è più.

Una sorte non dissimile è toccata all'art. 13, comma 5, della legge n. 431/1998, in tema di locazioni immobiliari a uso abitativo. Anche in quel caso, il legislatore aveva previsto l'intervento del giudice sul contratto in funzione della sua modificazione: l'instaurazione di un rapporto contrattuale mediante un accordo privo della forma scritta richiesta dal comma 4 attribuiva al giudice il potere di determinare il canone dovuto, fermo restando che questo non poteva, comunque, eccedere quanto stabilito dagli accordi definiti in sede locale tra le organizzazioni della proprietà edilizia e le organizzazioni dei conduttori.

Senonché, l'esplicita previsione di questo potere di determinazione del canone rimesso alla discrezionalità del giudice è, oggi, venuta meno, per effetto della modifica apportata al testo

³⁵³ In tal senso, M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, cit., p. 148 ss., secondo la quale, la soluzione prevista dalla disposizione in commento rispecchia «quella individuata in via fisiologica, dal momento che l'effetto di bilanciamento (disatteso dalla clausola pattizia nulla) che l'ordinamento persegue può derivare sia dall'applicazione delle norme dispositive di legge sia dalla clausola giudiziale: le prime rappresentano infatti soltanto *un* possibile modello e non *il* modello prescelto in vista del risultato voluto». In considerazione di ciò, la regola giudiziale elaborata alla stregua dell'equità si porrebbe nelle condizioni di operare in maniera analoga alla regola legale, dispositiva o suppletiva, in quanto, rispondendo all'esigenza di proteggere la parte debole (l'impresa o il professionista creditore), esprimerebbe quello stesso bilanciamento degli interessi delle parti che è sotteso anche alla seconda.

della disposizione dalla legge finanziaria per il 2015, imponendo una riflessione simile a quella da compiere rispetto alla disciplina dei ritardi nel pagamento.

Un dato è certo. Benché alcune delle più significative ipotesi di intervento correttivo giudiziale siano state, nel tempo, mitigate da successive riforme, esse rimangono, sicuramente, espressive della tendenza di una parte dell'ordinamento a non escludere, a priori, l'ammissibilità di siffatto potere. Tendenza che trova conferma in altre disposizioni che, tutt'oggi, guardano con favore a strumenti di integrazione giudiziale.

Il riferimento è all'art. 3, comma 1, della legge n. 129/2004, in materia di contratto di *franchising*³⁵⁴, come interpretato da dottrina e giurisprudenza. Nel caso in cui il contratto sia a tempo determinato, può accadere che il termine triennale o superiore a tre anni, pattuito dalle parti per l'ammortamento dell'investimento dell'affiliato, non sia sufficiente a questo scopo. In questo frangente, l'orientamento dominante ritiene di essere in presenza di una nullità parziale, rispetto alla quale il meccanismo della sostituzione automatica non sarebbe utile per la tutela dell'affiliato, potendo, al più, portare all'applicazione del termine legale di tre anni. Per questo motivo, vi è chi ritiene che la disposizione, implicitamente, riconosca al giudice la possibilità, una volta dichiarata la nullità della clausola di durata minima del contratto, di sostituire il termine, in via equitativa, con uno diverso adeguato allo scopo³⁵⁵. Secondo altri, invece, tale intervento correttivo si tradurrebbe in un'opera di eterointegrazione equitativa da condursi ai sensi dell'art. 1374 c.c., nel senso che il giudice, sulla base dell'equità, determina la durata congrua del contratto, su richiesta dell'affiliato³⁵⁶.

Ebbene, l'elemento che accomuna tutte le fattispecie esaminate, siano esse attualmente vigenti o meno, è il cogliere l'esigenza di adeguamento del contratto anche mediante l'intervento correttivo del giudice, al duplice fine, non solo di consentire la prosecuzione del rapporto contrattuale, ma anche di realizzare, indirettamente, il riequilibrio del mercato. E questo dovrebbe valere, a maggior ragione, nei contratti del consumatore, dove la nullità è

³⁵⁴ Per un commento sulla disposizione si vedano: G. DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, in *Contr.*, 2004, p. 763; M.A. LIVI, *Forma e contenuto del contratto*, in *L'affiliazione commerciale*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2005, p. 143 ss.; S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore*, cit., p. 111 ss.. Si precisa, tuttavia, che, in questa fattispecie, la regola sulla durata dispositiva del contratto ha carattere imperativo, non meramente dispositivo. Questo segna una differenza rilevante tra la fattispecie in esame e quella in materia di ritardi di pagamento. A riguardo, è stato osservato (cfr. G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., p. 234, spec. nota n. 42) che, in quest'ultimo caso, viene in considerazione una disciplina dispositiva e, quindi, derogabile dalle parti, con la conseguenza che l'integrazione giudiziale si giustificava in caso di deroga convenzionale abusiva; mentre, in materia di *franchising*, la norma sulla durata minima del contratto è di tipo imperativo e consentirebbe l'intervento integrativo-correctivo del giudice anche nel caso in cui le parti si siano attenute al limite legale di tre anni, ove, in relazione al caso concreto, sarebbe stato, invece, necessario pattuire un termine più ampio a tutela del *franchisee*.

³⁵⁵ In tal senso, Cass., 10 maggio 2005, n. 9747, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 108 ss..

³⁵⁶ L'intervento giudiziale in esame è fondato sull'equità *ex art.* 1374 c.c. da G. DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, cit., p. 764. Mentre, secondo G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., p. 234, spec. nota n. 42, il potere correttivo del giudice si desumerebbe, implicitamente, dalla disposizione dell'art. 3, comma 3, in esame.

tecnicamente di protezione e presenta carattere ancipite, poiché, attraverso la tutela dell'interesse del consumatore, persegue, nel contempo, lo scopo del corretto funzionamento del mercato.

L'analisi del dato normativo interno condotta finora deve essere incrociata, poi, con l'esame del dato comparato. Un certo *favor* per l'ampliamento del sindacato giudiziale sul contratto sembra emergere, in modo inequivocabile, anche dall'analisi delle norme di diritto sovranazionale, che, nell'ambito dei contratti commerciali internazionali, prestano particolare attenzione al tema del sindacato di giustizia.

Il riferimento è, innanzitutto, all'art. 3.10 dei Principi *Unidroit* sulla *gross disparity*. Nelle ipotesi di eccessivo squilibrio³⁵⁷, una parte può annullare il contratto o la clausola che attribuisca, ingiustificatamente, all'altra un vantaggio economico eccessivo. In questo contesto, però, è previsto che «*su richiesta della parte che ha diritto all'annullamento il giudice può adattare il contratto o le sue clausole in modo da renderlo conforme ai criteri ordinari di correttezza del commercio*»³⁵⁸.

La disposizione è particolarmente significativa sotto un duplice profilo. Da una parte, ai fini della valutazione del grave squilibrio, che può essere tanto di tipo normativo, quanto di tipo economico, il giudice deve farsi guidare, nella sua valutazione, dal criterio della ragionevolezza in uno con il principio di buona fede. Dall'altro, il giudice si vede assegnato, inequivocabilmente, un potere correttivo, funzionale a ricondurre a equità i contratti eccessivamente squilibrati, in nome di una esigenza di conservazione del contratto e di tutela della parte debole.

La stessa logica è sottesa, in secondo luogo, all'art. 4:109 dei *Principles of European Contract Law*, in tema di eccessivo guadagno e ingiusto profitto. Anche in questo caso, in presenza di uno squilibrio originario del contratto, al giudice è riconosciuto un potere correttivo sostanzialmente corrispondente a quello previsto dalla disposizione precedente: «*su richiesta della parte legittimata a eccepire l'annullamento, l'autorità giudiziaria, ove opportuno, può rettificare il contratto in maniera da renderlo consono a quello che avrebbe potuto essere concordato qualora fossero stati rispettati i principi della buona fede e della correttezza*»³⁵⁹.

³⁵⁷ Si precisa che la situazione di squilibrio può riguardare sia il profilo normativo, sia quello economico del contratto. Quindi, il sindacato del giudice è funzionale a porre un rimedio non solo per l'aggravamento della posizione contrattuale della parte debole, ma anche per la iniquità della prestazione oggetto del contratto, relativamente al prezzo o alla condizione economica complessiva in cui è pattuita.

³⁵⁸ Per un'analisi della disposizione si rinvia a: M.J. BONELL, *Un "codice" internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 1995; M. TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi Unidroit*, in *C.I. Eur.*, 1997, p. 167 ss.; F. VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 40 ss.; V. CORAPI, *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei principi Unidroit*, in *Eu. dir. priv.*, 2002, p. 32 ss..

³⁵⁹ Cfr. G. ALPA, *I Principle of European Contract Law predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 483 ss., G. BENEDETTI, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione – Dal codice*

Dall'analisi del dato europeo, dunque, emerge come, effettivamente, quello che nel nostro ordinamento sembra costituire un'eccezione, nella disciplina dei contratti del commercio internazionale è, al contrario, la regola. Si riconosce al giudice un potere sostanzialmente correttivo, che gli consente di sostituirsi all'autonomia privata per ripristinare l'equilibrio del contratto, nell'ottica della manutenzione dello stesso. Questo significherebbe che non sussiste una radicale incompatibilità tra autonomia negoziale e sindacato correttivo del giudice.

Per questa via, l'orientamento in esame arriva a fondare l'ammissibilità di meccanismi correttivi giudiziali sul contratto anche sulla base di un dato di sistema. Da queste e da altre disposizioni di analogo tenore, sia nazionali che sovranazionali, sarebbe dato desumere un progressivo ridimensionamento del principio dell'autonomia negoziale. La diffusione dei contratti di massa e l'utilizzo sempre più esteso di pratiche commerciali aggressive mostrerebbero come il tradizionale principio *pacta sunt servanda* non possa più trovare applicazione in senso rigido e assoluto, necessitando di essere coordinato con altre esigenze, prima tra tutte, la tutela degli interessi del contraente debole. Questo impone di interrogarsi sulla portata attuale del concetto di autonomia negoziale³⁶⁰.

Il mutato assetto sociale ed economico indurrebbe, secondo taluni, a superare l'idea di un contratto totalmente intangibile da parte di soggetti diversi dai contraenti. Si sostiene, al

civile ai principi di diritto europeo dei contratti, cit., p. 309 ss.; C. CASTRONOVO, "I principi di diritto europeo dei contratti" come ipotesi di codificazione possibile, in *Vita not.*, 2002, p. 1202 ss.; M. PENNASILICO, *La regola ermeneutica di conservazione nei "principi dei contratti commerciali internazionali"* - *Appunti sull'influenza di common law e di civil law*, in *Vita not.*, 1998, p. 1847 ss.; G. GRASSO, *La disciplina dell'invalidità nei principi di diritto europeo dei contratti*, Napoli, 2005.

³⁶⁰ Parla apertamente di "progressiva erosione del dogma della volontà" M.C. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 194 ss.. Secondo la concezione tradizionale, l'accordo delle parti costituirebbe il cuore del contratto, il merito, quasi, di una scelta in alcun modo sindacabile da soggetti terzi, sull'assunto che il contratto, costituendo la composizione di interessi contrapposti, sia, per ciò stesso, giusto e intangibile, quasi "sacro" e "inviolabile" (la c.d. *sanctity of contract* o *freedom of contract*). Il contratto, infatti, mirerebbe «ad attuare la volontà delle parti con la quale si identifica una "nuova" giustizia» (così G. ALPA, R. DELFINO, *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 2006, p. 18.). Questa concezione era particolarmente in auge durante l'epoca del *laissez faire* e per tutto il XIX secolo. Solo verso la fine di quel periodo si assiste a una inversione di tendenza, legata all'introduzione di discipline legislative che, sempre più spesso, facendosi carico della tutela delle parti più deboli, intervengono a porre un argine all'esercizio della libertà contrattuale. Basti ricordare le normative in tema di lavoro e di locazioni abitative, nelle quali sono contenute regole e paletti piuttosto rilevanti alla libera esplicazione delle scelte private. È in questo mutato contesto che si pone, allora, il tema della correzione del contratto. Ciò nella crescente presa d'atto che la «intangibilità della volontà individuale cede di fronte all'esigenza di giustizia sociale» (così C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 33 ss.). Sul tema si vedano, in una prospettiva di comparazione con il *common law*: G. GILMORE, *The death of contract*, Columbus, Ohio, 1974; P.S. ATIYHA, *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, 1979. Nella dottrina nazionale, si citano: V. ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 485 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Negozi giuridico e autonomia privata*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, (Atti del congresso dei civilisti italiani tenuto a Venezia, 23-26 giugno 1989), Padova, 1991, p. 289 ss.; P. SCHELSINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 231 ss.; A. SOMMA, *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico comparativi di una vicenda concettuale*, Milano, 2000; G.B. FERRI, *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir. e giur.*, 2004, p. 1 ss.; F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. e impr./Europa*, 2005, p. 509 ss.; A.M. MICCOLI, *Nuovi limiti dell'autonomia contrattuale*, Napoli, 2005; M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eu. dir. priv.*, 2008, p. 41 ss..

contrario, che, nella logica dei contratti asimmetrici, sarebbe proprio l'esigenza di tutela del contraente debole a imporre interventi giudiziali finanche correttivi, allo scopo di eliminare gli squilibri connessi a quell'asimmetria.

In questa prospettiva, il potere del giudice di modificare il contratto dovrebbe essere letto e concepito non in termini meramente paternalistici, né, tantomeno, in contrasto con l'autonomia privata, ma, al contrario, come sostegno per quest'ultima, facendo emergere la reale volontà delle parti, soprattutto di quella il cui consenso non si è potuto estrinsecare correttamente. Non a caso, sempre più spesso, si tende a concepire l'autonomia privata come *«fondamentalmente subordinata alla solidarietà sociale»*³⁶¹. Essa in tanto può estrinsecarsi in modo libero, in quanto non si traduca nel “predominio” di una parte sull'altra, idoneo a generare uno squilibrio, originario o sopravvenuto, che impone di essere superato, nella consapevolezza che non sempre la eliminazione della clausola causa dello squilibrio sia sufficiente a rendere proporzionato il regolamento e a configurare come effettiva la tutela della parte debole.

In questa prospettiva, di fronte alla caducazione di una clausola abusiva essenziale, si dovrebbe arrivare ad ammettere che, nell'alternativa tra la nullità totale del contratto e la correzione dello stesso, quest'ultima sia una strada praticabile, in nome del principio di effettività della tutela e di proporzionalità degli scambi contrattuali.

Pare, dunque, persuasiva l'autorevole osservazione secondo cui, se si negasse l'integrazione, finanche correttiva, del contratto, *«si concederebbe al professionista un'arma troppo agevole per mettere in scacco la disciplina delle clausole vessatorie: basterebbe inserire sempre un oggetto intrasparente per tenersi aperta la strada della nullità»*³⁶².

Ove si ritenesse di condividere tale impostazione, il problema logicamente consequenziale all'ammissibilità di interventi correttivi giudiziali sul contratto è quello di stabilire sulla base di quale parametro il giudice possa creare la regola idonea a colmare la lacuna derivante dalla caducazione della clausola abusiva.

Sul punto, la dottrina in esame non è molto limpida, oscillando tra il richiamo alla buona fede e il richiamo all'equità, talvolta confondendo e finendo per far coincidere i due concetti.

Si osserva che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale e dottrinale³⁶³, la

³⁶¹ Così C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 34.

³⁶² Così E. NAVARRETTA, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, cit., p. 1266, la quale aggiunge l'auspicio di un intervento esplicito sulla questione da parte della Corte di Giustizia, la quale finora si è pronunciata sui soli casi di integrazione mediante norme suppletive. Quanto meno laddove manchi una norma inderogabile, ben sarebbe ipotizzabile una integrazione equitativa da parte del giudice.

³⁶³ La funzione integrativa della buona fede trova riconoscimento a partire da un noto precedente: Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, p. 1296; in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 852; in *Corr. giur.*, 1994, p. 566, con nota di V. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*; ed in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2159, con nota di M.R. MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*. Si vedano anche: Cass., 28 settembre 2005, n.

buona fede costituisce, indubbiamente, uno strumento efficace, attraverso il quale il giudice può controllare, in ottica modificativa o integrativa, il regolamento contrattuale, al fine di garantire il giusto equilibrio degli interessi.

Secondo alcuni Autori, le critiche alla tesi dell'ammissibilità dei poteri correttivi del giudice, legate al rischio di un eccessivo arbitrio giudiziale, potrebbero essere agevolmente superate proprio in forza del principio di buona fede³⁶⁴. La correzione del patto abusivo dovrebbe svolgersi secondo buona fede e, dunque, in nome del principio di solidarietà sociale, dando luogo, così, più che ad un'opera di vera e propria eterointegrazione, in contrasto con l'autonomia privata, ad un'attività di autointegrazione diretta, a far emergere la reale volontà delle parti³⁶⁵.

L'utilizzo di questa clausola generale, così centrale nel diritto europeo, legittimerebbe un intervento sul contratto basato, in realtà, non su regole esterne ed estranee al regolamento, pur essendo poste dal giudice, ma interne ad esso, in quanto fondato su parametri di buona fede e correttezza, che sono propri del mercato in cui si è svolta la negoziazione. In questa prospettiva, l'intervento del giudice finirebbe per diventare «*lo strumento di raccordo tra il regime convenzionale e il mercato, capace di garantire l'assoggettamento del primo al secondo*»³⁶⁶.

In considerazione di ciò, di fronte alla lacuna contrattuale determinata dalla caducazione della clausola abusiva, ben sarebbe possibile, per il giudice, intervenire sul contratto per integrarlo secondo buona fede, costituendo quest'ultima un principio cardine della disciplina contrattuale, che le parti sono chiamate a rispettare sempre, in ogni fase della contrattazione. Se, infatti, il giudizio di vessatorietà della pattuizione deve essere condotto alla stregua del parametro della buona fede, allora, ben sarebbe possibile, per il giudice, non solo dichiarare l'abusività della clausola contraria a quel principio, ma anche dettare la regola conforme a buona fede idonea a integrare il contratto in funzione della conservazione dello stesso.

Non è caso, è stato osservato come tale clausola generale avrebbe «*valore "conformativo"*»

18947, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, I, p. 887; in *Guida al diritto*, 2005, n. 41, p. 49; Cass., 2009, n. 20106, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 5, p. 653 ss.. In dottrina si richiamano: G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita not.*, 2002, p. 629 ss.; N. LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, cit., p. 730 ss..

³⁶⁴ Di questo avviso sono: P.G. MONATERI, *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 4111 ss.; S. SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione del contratto*, in *Trattato Rescigno-Gabrielli*, 2, *I contratti in generale*, Torino, 2006, p. 1089 ss.; S. GUADAGNO, *Squilibrio contrattuale: profili rimediali e intervento correttivo del giudice*, cit., p. 748.

³⁶⁵ Secondo la tesi in commento, la regolamentazione pattizia degli interessi identificerebbe i confini dell'indagine e dell'intervento spettante al giudice, il quale non dispone del potere di individuare la regola al di fuori del contratto, da fonti diverse dalla volontà privata, bensì dovrebbe ricavarla sulla base del contesto normativo vigente, coordinandolo con la volontà dei contraenti. In tal modo, apparirebbe, indubbiamente, smorzato l'impatto del ruolo creativo del giudice nella individuazione della regola che colmi la lacuna contrattuale.

³⁶⁶ Così A. SPADAFORA, *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede*, cit., p. 78.

della regola pattizia, nel senso che è idonea, nel caso di squilibri ingiustificati, a riequilibrare il contratto, conformando, appunto, le scelte privatistiche, che non sono, per ciò solo, intangibili e “sovrane”, laddove abbiano violato un canone fondamentale»³⁶⁷.

Oltre alla buona fede, parte della dottrina e della giurisprudenza tende, sempre più spesso, a invocare l'equità³⁶⁸ o come criterio che opera in concorso con la prima nell'integrazione del contratto o come canone da solo idoneo a fondare l'intervento correttivo di stampo giudiziale.

Secondo un certo orientamento, il giudizio di buona fede e il giudizio di equità sarebbero interconnessi tra loro, in quanto la prima si sarebbe sviluppata dalla seconda³⁶⁹.

Più condivisibile appare, invero, l'opinione di coloro che tengono distinti i due concetti, in considerazione della diversa funzione svolta. La buona fede costituirebbe una clausola generale espressiva di una regola di condotta e, quindi, potrebbe assurgere anche a regola di giudizio; l'equità, invece, sarebbe un criterio di bilanciamento tra interessi contrapposti che il giudice può impiegare tanto in sede di interpretazione, quanto in sede di integrazione del contratto. Sotto quest'ultimo profilo, l'equità offrirebbe al giudice uno strumento per colmare lacune contrattuali in mancanza di disposizioni di carattere dispositivo o suppletivo o di usi³⁷⁰.

A quest'ultimo riguardo, in particolare, coloro che invocano l'art. 1374 c.c. quale fondamento normativo dei meccanismi di integrazione del contratto mediante il diritto dispositivo pervengono a esaltare il ruolo dell'equità come strumento di integrazione applicabile anche da parte del giudice.

Sempre più spesso la dottrina e la giurisprudenza affrontano il problema della sopravvivenza del contratto privato di una clausola essenziale in termini di equità³⁷¹. Ed, in

³⁶⁷ M.C. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 220.

³⁶⁸ Per un'analisi generale sul concetto di equità, si rinvia a: V. FROSINI, *Equità* (nozione), in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 69 ss.; G. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit.; N. IRTI, *Crisi della legge e giudizio di equità*, in *Dir. soc.*, 1978, p. 371 ss.; F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 1, p. 541 ss.; M. MATTIONI, *Sul ruolo dell'equità come fonte del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 3, p. 567 ss..

³⁶⁹ Cfr. G. P. MASSETTO, *Buona fede nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1988, p. 135-147; M. MATTIONI, *Sul ruolo dell'equità come fonte del diritto dei contratti*, cit., p. 572. Si ricorda come, storicamente, risale al pensiero di Domat l'idea di una sostanziale coincidenza concettuale tra la nozione di buona fede e la nozione di equità, quali clausole espressive, entrambe, di una idea di giustizia commutativa del contratto. Cfr. J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, I, Paris, 1777. Sul tema, si vedano anche: R. SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *AA.VV.*, *Diritto privato 1997*, III. *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 217 ss.; G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, cit., p. 223 ss..

³⁷⁰ Cfr. F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 570 ss., e, soprattutto, L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 8-9, il quale, tra i primi, ha segnalato la necessità di tenere distinti i due concetti, rilevando come, pur essendo entrambe accomunate dal medesimo elemento di assicurare la piena realizzazione dello scopo del contratto, esse, tuttavia, svolgono questa funzione in modo differente: «mentre questa funzione è adempiuta dal giudice, quando è costituito dalla legge ministro di equità, integrando o adattando il regolamento negoziale per conformarlo a esigenze di giustizia provenienti da circostanze di fatto peculiari, (...) il giudizio di buona fede svolge una valutazione del contratto alla stregua di tipi normali di comportamento riconosciuti come norme sociali, dai quali il giudice trae un criterio di interpretazione del regolamento negoziale oppure un criterio di esplicazione di modalità esecutive».

³⁷¹ Cfr. F. AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Oss. dir. civ. cont.*, 2017, 1,

effetti, già il codice civile detta disposizioni – come quelle viste in tema di rescissione e di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta – in cui il canone giudiziale di modifica del contratto è rappresentato proprio dall'equità. Ancor più significativa, in questa prospettiva, la versione originale dell'art. 7 della legge n. 231/2002.

Si sostiene che se, nei contratti asimmetrici, l'iniquità sanzionata con la nullità coincide sostanzialmente con l'esercizio abusivo della libertà contrattuale da parte del contraente forte, allora, l'equità ben potrebbe assurgere a criterio alla stregua del quale valutare quale sarebbe stata la corretta esplicazione di quella libertà e, quindi, individuare la regola idonea a modificare il contratto per eliminare effettivamente lo squilibrio.

Alla nullità della clausola iniqua conseguirebbe, così, la ristrutturazione del regolamento pattuito dalle parti, per effetto dell'elaborazione di una regola giudiziale meglio aderente al caso concreto, i cui contenuti sono identificati sulla base di una interpretazione degli elementi della fattispecie condotta secondo equità.

Ma questo dibattito sul parametro di intervento del giudice dovrà essere ripreso *funditus*.

5.2 (segue) Criticità della tecnica integrativa giudiziale. Rinvio.

Qualunque sia il parametro alla stregua del quale si ritenga di ancorare l'intervento correttivo del giudice, ciò che preme sottolineare, in questa sede, sono le forti criticità che una soluzione di questo tipo comporta.

Il punto verrà approfondito nel capitolo successivo del presente lavoro, ma giova, sin d'ora, evidenziare come il rimedio illustrato incontra l'ostilità di larga parte della dottrina e della giurisprudenza. Difatti, l'idea di un giudice, il quale possa formulare lui stesso la regola idonea a consentire il corretto funzionamento del contratto privato di una clausola abusiva essenziale suscita due reazioni contrapposte: se, da un lato, tale soluzione è, forse, quella che meglio soddisfa l'esigenza di offrire al consumatore uno strumento di tutela effettivo, idoneo a conservare il contratto in virtù dell'inserimento di una regola che garantisca il riequilibrio delle posizioni contrattuali; dall'altro, è indubbio che siffatto potere giudiziale tocchi un nervo scoperto dell'attuale dibattito sul ruolo del giudice nel regolamento negoziale e sull'estensione dell'autonomia privata.

Delle due una. O si ipotizza, in nome della strenua difesa della volontà contrattuale, che il giudice si limiti a eliminare la singola clausola vessatoria, lasciando, però, il consumatore

p. 80; M.C. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 226 ss..

esposto al rischio della caducazione dell'intero contratto, mal funzionante. O si ipotizza che il giudice, dichiarata la nullità della clausola, possa intervenire a integrare dall'esterno il contratto, in funzione protettiva, ipotizzando un'idea di contratto non più di matrice esclusivamente negoziale, ma frutto di un concorso tra soggetti diversi, nell'ottica di contribuire a correggere le storture del mercato.

Quest'ultima strada, per quanto suggestiva, pone - come già accennato - rilevanti perplessità. Come si vedrà anche nel prosieguo, molteplici sono gli argomenti sostenuti da una parte della dottrina contro la tesi dell'intervento correttivo del giudice.

In primo luogo, si evidenzia come quel rimedio si ponga in contrasto con l'essenza stessa della nullità di protezione. Si sostiene che dal potere del giudice di dichiarare la nullità di una singola clausola abusiva non possa essere desunto, almeno in mancanza di una espressa disposizione di legge, una correzione giudiziale a favore della parte debole. Ciò in quanto nel sindacato giudiziale di vessatorietà non sarebbe in alcun modo implicito un potere di integrazione equitativa del regolamento viziato³⁷².

A sostegno di questo argomento viene in considerazione, in secondo luogo, un principio cardine di ogni sistema giuridico, quello della certezza del diritto. Differentemente dalla correzione legale, che è ben definibile e prevedibile a priori dalle parti, la correzione giudiziale, al contrario, esporrebbe le negoziazioni a rischi di grande incertezza quanto alla sorte dei contratti stipulati e, nel contempo, nasconderebbe il pericolo di un eccessivo arbitrio del giudice nella definizione della regola correttiva, amplificato dal ricorso a clausole generali in funzione integrativo-correctiva³⁷³.

Peraltro – secondo questa impostazione – la possibilità di utilizzare clausole generali o concetti giuridici indeterminati come l'equità sarebbe preclusa dallo stesso legislatore. Difatti, in mancanza di una diversa ed espressa disposizione di legge, non sarebbe possibile desumere un generale potere di correzione giudiziale nemmeno dall'art. 1374 c.c.. Questa disposizione, dettando criteri integrativi secondo un ordine gerarchico, non consentirebbe di invocare l'equità in presenza di una regola integrativa legale. Anzi, proprio la necessità che, per

³⁷² In tal senso, si vedano: U. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, cit., p. 320 ss.; S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, cit., p. 198 ss.; A. D'ADDA, *La correzione del "contratto abusivo"*, cit., p. 390 ss., il quale osserva come «se l'ordinamento sembra legittimare l'integrazione legale del contratto parzialmente nullo, si rivela invece assai più prudente quanto alla correzione giudiziale: non solo sul piano dei principi ortopedia legale e ortopedia giudiziale del contratto non possono essere *tout court* assimilate, perché un contro è la correzione legale, definibile a priori, del regolamento convenzionale, altro conto quelle, singolare del giudice. Di più, tale difformità il nostro legislatore sembra voler tenere ancora, di massima, conto».

³⁷³ Queste considerazioni sono di G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., p. 233 ss., secondo il quale, l'idea di un potere di integrazione giudiziale mediante l'impiego di concetti come la buona fede correttiva e l'equità correttiva desta molte perplessità, aprendo le porte al rischio di decisioni arbitrarie e non prevedibili, in una logica di sanzione per il professionista, che eccederebbe le stesse finalità di protezione della normativa consumeristica.

derogare a tale regola, occorra una espressa previsione di legge, conferma, *a contrario*, l'inesistenza di un generalizzato potere correttivo del giudice³⁷⁴.

Non ultimo, si potrebbe osservare come lo stesso diritto europeo mal tolleri l'idea di un contratto ristrutturato per mano del giudice. In particolare, la Direttiva n. 93/13/CEE non si limita a disporre la salvezza per il resto del contratto privato della clausola abusiva, ma formula una precisazione importante, non recepita, tuttavia, dal codice del consumo: la sopravvivenza del contratto in tanto è ammissibile, in quanto questo possa sussistere senza la clausola abusiva. Conseguentemente – secondo la lettura in esame - se il giudice, dichiarata la nullità della singola pattuizione, rileva che questo non sia sufficiente a consentire il corretto funzionamento del contratto, non potrebbe far altro che lasciare venir meno l'intera costruzione pattizia, nell'impossibilità di poter dettare una regola diversa.

Gli Autori accedono a questa impostazione, fanno leva, altresì, sull'orientamento consolidato della Corte di Giustizia, che, ripetutamente, avrebbe escluso ogni possibilità di intervento del giudice diretto a colmare le lacune connesse alle clausole vessatorie, come nelle due sentenze rese sul caso *Banco Español* del 2012 e sul caso *Abeek Brusse* del 2013. In entrambi i casi, la Corte di Giustizia fonda questa impostazione sulla constatazione che, diversamente ragionando, si finirebbe per eliminare l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione, nei confronti del consumatore, di tali clausole. Difatti, se la parte forte sapesse di poter contare su un intervento di revisione ad opera del giudice, sarebbe indotta a continuare a utilizzare clausole abusive, garantendosi, così, la prosecuzione del rapporto contrattuale corretto.

In realtà, come si è cercato di evidenziare, le cose non sono così semplici come potrebbero apparire alla luce di questo orientamento giurisprudenziale. Si ricorda, infatti, come la stessa Corte di Giustizia non sia sempre uniforme nelle sue decisioni. Basti ricordare il citato caso *Kàsler* del 2014, in cui essa è giunta a considerazioni del tutto diverse, ammettendo la possibilità, per il giudice, di intervenire sul contratto recante una lacuna sopravvenuta. È ben vero che, anche in quel caso, si discuteva non di una tecnica di integrazione-correzione giudiziale, ma di una integrazione mediante diritto dispositivo; ma, certo, è evidente come questa sentenza mostri una apertura verso una espansione dei poteri del giudice nelle fattispecie di nullità protettiva.

Non ultimo, preme evidenziare come, in tutte le pronunce della Corte di Giustizia, la questione dell'integrazione della lacuna ha sempre riguardato, finora, il tema della riespansione del diritto dispositivo, e mai è stato affrontato, direttamente, il problema del sindacato del giudice che si traduca in un intervento di tipo correttivo. Resta ancora da capire,

³⁷⁴ Sul punto si veda sempre G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., p. 233-235.

allora, quale soluzione verrebbe prospettata nelle ipotesi in cui manchi una norma inderogabile o suppletiva idonea a colmare, eventualmente, la lacuna.

Nonostante i rilievi critici appena esposti alla teoria del rimedio correttivo, la questione appare, dunque, più che mai aperta e dibattuta.

6. Eterointegrazione delegata ad altra autorità: il tema dei poteri delle Autorità amministrative indipendenti.

In conclusione di questa analisi dei rimedi prospettabili in caso di vessatorietà di clausola essenziale, non si può non accennare al ruolo, sempre più penetrante, acquisito dalle Autorità amministrative indipendenti nella definizione del contenuto contrattuale.

Può, dunque, essere utile, ai fini della presente analisi, riflettere sulla sorte del contratto contrastante con la normativa delle *Authorities*.

L'opportunità di indagare il fenomeno dell'eterointegrazione contrattuale anche sotto questo particolare profilo origina dalla constatazione che l'attività regolatoria delle Autorità, per la sua pervasività, rappresenta, in modo emblematico, la tendenza alla conformazione non normativa del regolamento contrattuale, attraverso una regola individuata da un soggetto diverso dal legislatore e, differentemente dalle fattispecie prima considerate, anche dal giudice.

Sempre più spesso, il legislatore affida alle Autorità amministrative indipendenti il compito di dettare, mediante regolamento, il contenuto di determinati contratti, soprattutto di quelli ad alto tasso di tecnicismo. Ciò nella convinzione che la delega a tali soggetti, dotati di peculiari competenze tecniche e specialistiche, rappresenti la via migliore per regolare il mercato in settori particolarmente delicati per la complessità degli interessi in gioco, come quello bancario, finanziario e assicurativo³⁷⁵.

³⁷⁵ La titolarità di poteri di regolazione è attribuita a soggetti quali la Banca d'Italia, la CONSOB, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas. Il riconoscimento di tale potere normativo a soggetti diversi dal legislatore è particolarmente significativo in quanto, essendo diretto a regolare il mercato, esso è in grado di riflettersi sulla disciplina dei negozi giuridici. Non a caso, infatti, il contratto un elemento strettamente legato al mercato, anzi, è lo strumento principe per lo svolgimento dei traffici economici. Da qui deriva l'interesse dei civilisti per lo studio delle connessioni funzionali tra contratto e mercato. Sul tema generale dei poteri delle Autorità, si vedano: R. TITOMANLIO, *Autonomia e indipendenza delle authorities: profili organizzativi*, Milano, 2000; S. NICODEMO, *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002; S. FOÀ, *I regolamenti delle Autorità indipendenti*, Torino, 2002; G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; D. FERRARA, *Il potere regolamentare delle autorità indipendenti*, Torino, 2012. Sul tema dei rapporti tra mercato e contratto, si rinvia agli studi di: G.B. FERRI, *Il negozio giuridico e la disciplina di mercato*, in *Le anamorfosi del diritto civile attuale: saggi*, Padova, 1994; G. ALPA, *I poteri regolamentari delle autorità indipendenti*, in Morosino-Morbidelli-Morisi (a cura

Basti pensare, a titolo esemplificativo, all'art. 117, comma 8, del T.U.B., il quale riconosce alla Banca d'Italia il potere di «prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato». L'aspetto più rilevante di questa disposizione è che la difformità del contratto dalle prescrizioni contenutistiche della Banca d'Italia è sanzionata con la nullità dello stesso.

La possibilità che il contrasto di un atto di autonomia negoziale con il provvedimento regolamentare di un'Autorità dia luogo alla nullità del primo discende dall'assunto che questi provvedimenti, lungi dall'aver carattere propriamente amministrativo, vadano qualificati come veri e propri atti normativi, espressivi della potestà regolamentare riconosciuta a tali soggetti³⁷⁶.

Questa prospettazione pone, però, il conseguenziale problema di stabilire se sia ammissibile affidare l'integrazione dei contratti a regolamenti di origine autoritativa, trattandosi di fonti normative secondarie. Il combinato disposto degli artt. 1322, 1339 e 1374 c.c., letti alla luce anche degli artt. 41 e 42 Cost., sembrerebbe, infatti, riservare unicamente alla legge la possibilità di introdurre limitazioni o deroghe all'autonomia negoziale dei privati.

In realtà, benché il punto sia stato a lungo dibattuto, la dottrina maggioritaria tende a concepire quella riserva di legge in termini relativi, consentendo, così, che la disciplina del contratto possa essere incisa anche da fonti normative secondarie, come i regolamenti delle Autorità amministrative, sempre che, naturalmente, tale riserva trovi espresso fondamento a livello legislativo³⁷⁷.

di), *Istituzioni, mercato democrazia*, Liber amicorum per gli 80 anni di Alberto Predieri, 2002; P. PERLINGIERI, *La contrattazione fra imprese*, in *Riv. dir. e impr.*, 2005, p. 326 ss.; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione: la potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012; I. PRISCO, *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, cit., p. 225 ss.; C. PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo della autorità amministrative indipendenti. Parte prima*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 2, p. 94 ss..

³⁷⁶ In realtà, la qualificazione in termini normativi di tali atti regolamentari non è pacifica. Parte della dottrina preferisce considerare gli atti regolamentari come meramente amministrativi, in quanto espressivi di discrezionalità tecnico-amministrativa. Di questo avviso: M. RAMAJOLI, *Attività amministrativa e poteri antitrust*, Milano, 1998; P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova 2001; M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, in G. Gitti (a cura di), Bologna, 2006, p. 78 ss.; S. FOÀ, *I regolamenti delle Autorità indipendenti*, cit., p. 66 ss.. L'orientamento oggi dominante, tuttavia, al quale si ritiene di aderire, riconosce connotazione propriamente normativa a tali atti, sull'assunto che il problema qualificatorio vada risolto non tanto attraverso un criterio formale, come quello della natura del soggetto da cui il provvedimento promana (dato, in realtà, anche questo discusso e discutibile), quanto attraverso un criterio sostanziale, basato sull'analisi dei connotati caratteristici dello stesso. Da questo angolo visuale, appare evidente come i provvedimenti regolatori delle *Authorities* vadano ascritti alla categoria degli atti normativi (secondari), presentandone tutti i requisiti: e cioè astrattezza, generalità e innovatività delle regole prescritte. In tal senso: A. BARBERA, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997, p. 88 ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, Napoli, 2008, p. 23 ss.; F. POLITI, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, a cura di Longobardi, Torino, 2009, p. 300 ss..

³⁷⁷ In tal senso: S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 37 ss.; F. GALGANO, M.

Questa acquisizione è densa di conseguenze sul piano dello studio della patologia contrattuale e della presente indagine sui poteri del giudice.

Se, infatti, le prescrizioni della Autorità concorrono, talvolta, a definire il contenuto del regolamento negoziale, si pone il problema di stabilire quali rimedi siano invocabili nel caso in cui quest'ultimo si sia discostato da quelle prescrizioni. Sulla base della considerazione che l'ordinamento tende a reagire alla difformità dell'atto negoziale dalle norme con la nullità, si dovrebbe ammettere, come lo stesso art. 117 T.U.B. conferma, che la violazione dei regolamenti amministrativi vada sanzionata con l'invalidità³⁷⁸.

Il problema, tuttavia, si complica ove la difformità riguardi non l'intero contratto, bensì una singola pattuizione, che sia, però, essenziale per il funzionamento dello stesso. Anche in tal caso, come in quelli finora analizzati nella presente indagine, ci si interroga su come debba atteggiarsi il rimedio della nullità, posto che, se fosse considerata totale, verrebbe, inevitabilmente, frustrata la *ratio* protettiva sottesa a tante ipotesi di invalidità anche in queste materie.

L'unico modo, allora, per garantire una tutela effettiva alla parte debole, in tale situazione, è prospettare che la nullità operi, anche qui, come parzialmente necessaria. E a tale conclusione si può arrivare, secondo l'orientamento maggioritario, solo configurando le regole poste dalle Autorità come norme a carattere imperativo, ossia facendo leva sul fatto che si tratti di regole cogenti, poste a tutela di interessi sottratti alla disponibilità delle parti³⁷⁹.

Per tale via, sarebbe ipotizzabile anche la possibilità, nei casi in cui il rimedio caducatorio non si riveli da solo efficace, di superare la lacuna contrattuale tramite la sua integrazione, da realizzarsi mediante l'inserzione, per mano del giudice, della regola prescritta dall'Autorità

ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, in Napoli, 2012, p. 192 ss.. In giurisprudenza, si richiama la sentenza di riferimento di quest'orientamento: Corte Cost., 14 febbraio 1962, n. 4, in *Giur. cost.*, 1962, p. 31 ss., con nota di C. ESPOSITO, *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*. Di diverso avviso, invece, F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 48 ss.; G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 106 ss.

³⁷⁸ Cfr. M. ORLANDI, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 75 ss.; C. PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo della autorità amministrative indipendenti. Parte prima*, cit., p. 98.

³⁷⁹ A queste conclusioni si può arrivare, secondo taluni, considerando gli atti normativi delle Autorità come espressivi del fenomeno di delegificazione, nel senso che la necessaria previsione legislativa della delega di potere a tali soggetti delegati attribuirebbe carattere imperativo anche agli atti da essi adottati. In questo senso: Cass., 21 dicembre 1994, n. 11032, in *Mass. Foro it.*, 1994; Cass., 10 febbraio 2010, n. 308, in *Mass. Giust. civ.*, 2010, f. 2. Questa impostazione è, invece, criticata da coloro che ravvisano il carattere indeterminato dei criteri e principi ai quali il soggetto delegato dovrebbe attenersi risultanti dalla delega. Appare, piuttosto, preferibile richiamare il principio di sussidiarietà, nella convinzione che solo soggetti dotati di particolari competenze tecniche possono dettare regole idonee a regolare certi contesti negoziali, con ciò legittimando il potere normativo delle Autorità. In tal senso: L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti*, cit., p. 23 ss.; D. DE FELICE, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008; P. FEMIA, *Due in uno. La prestazione sportiva tra pluralità e unitarietà delle qualificazioni*, in AA.VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Napoli, 2009, p. 269 ss..

amministrativa³⁸⁰.

A questo risultato si potrebbe pervenire in forza del meccanismo di sostituzione automatica di cui agli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c., sussistendo i medesimi presupposti di operatività previsti dal codice civile per i casi di violazione di norma (imperativa) di legge. Solo che qui, a differenza di quanto letteralmente contemplato nella disciplina codicistica, non si inserisce automaticamente una norma di legge, bensì, addirittura, una norma secondaria, promanante da un soggetto diverso dal legislatore (e anche dal giudice).

Ma tale interpretazione estensiva del concetto di “legge” di cui al codice civile appare, del resto, coerente con l'evoluzione a cui è andato incontro il principio di legalità nelle varie branche del diritto. Il passaggio da un concetto di legge in senso formale a uno in senso sostanziale potrebbe giustificare la possibilità che il meccanismo sostitutivo *ex art. 1339 c.c.* operi anche per gli atti normativi di competenza di soggetti come Autorità amministrative.

Quanto detto sul tema dei rapporti tra *Autorithies* e contratto appare sufficiente a suffragare quell'orientamento secondo cui, nell'attuale contesto economico-sociale, anche l'autonomia contrattuale sta mutando, progressivamente, la sua fisionomia, tanto da consentire di ipotizzare un intervento del giudice sul contratto in funzione correttiva, ogniqualvolta che ciò sia necessario per garantire la tutela al consumatore e rendere effettiva quella protezione connessa alla nullità. Non solo, ma si arriva anche a ipotizzare che il contenuto del contratto, in certi settori connotati da asimmetria, in parte, può essere imposto *ab externo*, e, in parte, nel caso in cui rechi pattuizioni in contrasto con i regolamenti amministrativi, questi si riespanderebbero automaticamente, a prescindere dalla diversa volontà delle parti.

È evidente che, di fronte a tali evenienze, si debba accedere a un diverso modo di concepire l'autonomia negoziale, nella consapevolezza che la regola integrativa della lacuna possa promanare neanche dal giudice, ma da un soggetto amministrativo.

Ne deriva un'operazione di adeguamento del contenuto contrattuale particolarmente incisiva e significativa per i suoi effetti, ai fini dell'analisi qui svolta. Attenta dottrina osserva che la vicenda dei poteri normativi delle Autorità amministrative dimostrerebbe come *«l'integrazione (su base) normativa del contratto non sia più “monopolio” del legislatore, il che impone di rileggere le previsioni codicistiche (in particolare, gli artt. 1339, 1374 e 1419 c.c.) che – rompendo la presunta autoreferenzialità dell'atto di autonomia – consentono di*

³⁸⁰ A riguardo, vi è chi, in dottrina, si spinge a concepire l'idea di un “contratto amministrato” per sottolineare il grado di intensità, quantitativa e qualitativa, con cui i regolamenti delle Autorità amministrative sono in grado di incidere sull'esercizio dell'autonomia negoziale. Sul punto si vedano: F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 49 ss.; G. GITTI, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., p. 94 ss., il quale, in particolare, sostiene che sia in atto «un processo di amministrazione in senso tecnico dell'autonomia contrattuale delle parti al punto che la disciplina codicistica viene considerata dalla stessa autorità indipendente preposta al settore di mercato come un catalogo di principi e di regole generali».

immettere nella trama negoziale componenti nuovi e aggiuntivi rispetto a quelli voluti ab origine dai paciscenti»³⁸¹.

Anzi il grado di diffusione e di intensità dei provvedimenti normativi delle Autorità sarebbe tale da consentire di riconoscere al meccanismo integrativo, in questi casi, un carattere addirittura conformativo, non solo correttivo del regolamento negoziale³⁸².

Siamo, evidentemente, oltre la nullità in senso classico, finanche oltre la nullità di protezione finora conosciuta. Ciò impone un diverso modo di pensare i rimedi contrattuali, particolarmente quelli contro le clausole abusive, nell'ottica di rendere davvero effettiva, proporzionata e adeguata la tutela del contraente debole. Ciò nella consapevolezza che, in caso di rischio di caducazione dell'intero contratto, le parti e il giudice o un soggetto amministrativo possano o debbano, talvolta, cooperare nella individuazione della regola migliore per far funzionare il regolamento originariamente viziato da un'abuso della libertà contrattuale.

Ma queste ultime rapide riflessioni, come si vedrà, meritano di essere maggiormente articolate.

³⁸¹ Così M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit., p. 262.

³⁸² Cfr. G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto*, cit., p. 451 ss.; M.R. MAUGERI, *Effetto conformativo delle decisioni delle autorità indipendenti nei rapporti tra privati*, in AA.VV. (a cura di), *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, Napoli, 2012, 299 ss.; E. CAPOBIANCO, *Lezioni sul contratto*, Torino, 2014, 123 ss. (spec. 132); D. FAUCEGLIA, *L'eterointegrazione del contratto ad opera dei provvedimenti dell'autorità dell'energia elettrica e del gas*, in *Contr.*, 2016, 11, p. 1000. Quest'ultimo, in particolare, osserva che «il potere eterointegrativo da parte dei provvedimenti delle *Authorities* sugli atti di autonomia negoziale non deve considerarsi demolitorio dell'autonomia negoziale dei privati, bensì strumento finalizzato ad attuare i supremi principi dettati dalla Carta Costituzionale e dal diritto comunitario. La realizzazione del mercato “proconcorrenziale” - scopo perseguito oltre che dalla legge formale anche dalla potestà regolamentare delle Autorità amministrative indipendenti – ha come contenuto la tutela della concorrenza nonché la rimozione di tutti quegli impedimenti che ostacolano il libero e corretto esercizio dell'iniziativa economica».

CAPITOLO III

RIFLESSIONE SUGLI STRUMENTI MODIFICATIVI DEL CONTRATTO INVOCABILI A TUTELA DEL CONSUMATORE IN OTTICA EUROUNITARIA

1. Conservazione del contratto e possibile concorso graduato tra più strumenti modificativi. 1.1. I margini di operatività dell'intervento integrativo-correttivo del giudice alla luce dell'attuale contesto normativo e giurisprudenziale. 1.2. Il diverso ruolo della buona fede e dell'equità nell'operazione di interpolazione del contratto per mano del giudice. 1.3. (segue) L'equità nel codice del consumo: un diritto fondamentale del consumatore. 1.4 Ipotizzabilità di un concorso tra tecniche integrativo-correttive. 2. Ricerca di un fondamento normativo dei meccanismi di integrazione-correzione nei casi di nullità (di protezione) di clausole essenziali. 2.1. Indagine sulla portata dell'art. 1374 c.c.: la riespansione della regola legale. 2.2. (segue) I rapporti tra la fonte legale ex art. 1374 c.c. e la buona fede ex art. 1375 c.c.. 2.3. (segue) Gli usi e l'equità quali fonti integrative sussidiarie. 3. La prospettazione di una gerarchia di rimedi integrativo-correttivi contro le clausole abusive fondata sull'art. 1374 c.c.. 4. Riflessione sulla esperibilità del rimedio risarcitorio. 5. Ricostruzione evolutiva del rapporto tra potere del giudice e contratto affetto da nullità di protezione.

1. Conservazione del contratto e possibile concorso graduato tra più strumenti modificativi.

La riflessione svolta da dottrina e giurisprudenza circa i possibili strumenti di intervento sul contratto per colmare la lacuna sopravvenuta dimostra, chiaramente, la consapevolezza che, talvolta, il rimedio della nullità di protezione non sia, da solo, in grado di svolgere efficacemente la sua naturale funzione protettiva.

Come più volte evidenziato, l'eventuale caducazione dell'intero contratto recante la clausola vessatoria essenziale potrebbe tradursi in un pregiudizio peggiore di quello già patito dal consumatore con l'adesione a quella pattuizione. La nullità totale e il conseguente venir meno del rapporto contrattuale non solo lo esporrebbero agli obblighi restitutori connessi, ma lo priverebbero anche del bene o del servizio di cui abbisogna, tradendo proprio quella istanza di protezione sottesa alla tutela contro le clausole vessatorie.

Da qui, l'idea di ammettere un'attività integrativa o anche correttiva diretta alla ricostruzione della pattuizione essenziale, affinché il rimedio caducatorio previsto dal legislatore si riveli adeguato a realizzare gli obiettivi per i quali è stato concepito. Lo impongono, prima di tutto, gli stessi principi eurounitari sottesi alla disciplina consumeristica e, particolarmente, i principi di effettività e di proporzionalità delle tutele, ma anche il principio costituzionale di solidarietà.

Come è stato osservato, per tale via *«il tradizionale tema dell'integrazione del contratto si ricollega a quello moderno delle nullità di protezione, con cui condivide la finalità di “conformare” il regolamento del contratto nell'interesse della parte protetta»*. Ne consegue che *«a una nullità “conformativa” fa seguito una integrazione “conformativa”»*³⁸³ del regolamento.

In effetti, le peculiarità proprie della nullità di protezione si riflettono, inevitabilmente, sul possibile e connesso meccanismo integrativo, che ci pare debba configurarsi come conseguenza indefettibile del rimedio caducatorio, quando la valutazione di abusività colpisca una clausola essenziale del contratto. La nullità e l'integrazione, nel contesto della contrattazione asimmetrica, si discostano dalla disciplina codicistica per realizzare compiutamente la *ratio* sottesa alla normativa consumeristica: tutelare l'interesse del consumatore, oltre che assicurare, per il suo tramite, l'obiettivo generale del corretto funzionamento del mercato. Tale interesse metaindividuale - lo si ribadisce - in caso di nullità di una clausola essenziale, dovrà essere inteso, prevalentemente, come interesse alla conservazione del regolamento contrattuale e, ove, possibile, del regolamento integrato secondo quanto necessario a eseguirlo.

³⁸³ Le parole sono di A. FICI, Sub art. 36, cit., p. 868. In tal senso anche A. FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, cit., p. 346 ss.; V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità. Le nullità conformative*, cit., p. 735 ss.; ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, cit., p. 177 ss.. Secondo quest'ultimo Autore, in particolare, «l'esigenza di tutelare il contraente più debole e la connessa finalità di garantire l'efficienza di un mercato aperto e in libera concorrenza non sembrano realizzabili con il ricorso ai tradizionali strumenti codicistici della semplice caducazione per contrasto con norme imperative (art. 1418, 1° comma, c.c.) o dell'inserzione automatica o sostituzione imperativa di clausole (art. 1339 c.c., art. 1419, 2° comma, c.c.) oppure ancora della integrazione del contratto (art. 1374 c.c.). Il diritto europeo dei contratti sceglie la via della conformazione del regolamento con la predisposizione normativa di un contenuto minimo necessario sanzionato con la nullità delle pattuizioni difformi o in contrasto (...), con l'integrazione e la sostituzione di diritto delle parti caducate e la salvezza soltanto delle disposizioni pattizie più favorevoli al contraente debole».

E, allora, se la nullità di protezione realizza la conformazione del regolamento contrattuale, anche il connesso fenomeno integrativo non può che essere attratto a questa finalità³⁸⁴. Le nuove nullità c.d. conformative «*non si correlano più al meccanismo tipico della integrazione c.d. repressiva, fondato sulla nullità parziale delle clausole per contrarietà a norme imperative e sulla inserzione automatica delle regole imposte dalla legge*». Esse, piuttosto, necessitano di essere completate da «*meccanismi più duttili e in linea con le nuove forme di intervento della legge sull'autonomia privata e sul mercato*»³⁸⁵.

In considerazione di ciò, anche l'integrazione del contratto assume, allora, un carattere conformativo.

Questa ci sembra essere la cifra più significativa dell'attuale stadio di evoluzione del rimedio della nullità.

Nulla quaestio quando la clausola risulta in contrasto con una norma imperativa di legge: in tal caso, può trovare applicazione il classico meccanismo della sostituzione automatica della clausola nulla con la regola violata, ai sensi degli artt. 1419, comma 2, e 1339 c.c..

Quando, invece, come avviene nella maggior parte dei casi, il contratto di consumo viene concluso in deroga a una norma astrattamente derogabile, ma in presenza di un abuso di potere contrattuale da parte del professionista, l'esigenza di assicurare una tutela effettiva e proporzionata chiama l'interprete a trovare una strada alternativa. Da qui, la ritenuta ammissibilità dell'integrazione (suppletiva) mediante il diritto dispositivo abusivamente aggirato.

Lo strumento di interegazione legale illustrato, tuttavia, non offre sempre una garanzia di conservazione del contratto. Il suo limite si coglie tutto nell'ipotesi in cui manchi una norma dispositiva idonea a colmare la lacuna contrattuale ovvero nei casi in cui quella esistente non realizzi un efficace *standard* di tutela per il consumatore.

Al fine di rendere adeguata la nullità di protezione rispetto agli obiettivi che la caratterizzano anche in questo frangente, ci sembra che una prima soluzione possa essere rappresentata dalla buona fede. Ove si valorizzi quest'ultima come parametro di valutazione della vessatorietà della clausola, si potrebbe ammettere la sussistenza, in capo alle parti, in

³⁸⁴ Peraltro, è interessante osservare come questa attitudine alla conformazione del regolamento contrattuale, tipica delle nullità di protezione, sembra trovare riscontro non solo nell'ambito del diritto dei consumatori e del diritto contrattuale in generale, ma anche in altre branche del diritto; tale fenomeno sembra avere, infatti, una portata più generale, di sistema, essendo diffusa anche nell'ambito del diritto amministrativo. In dottrina, è stato osservato che, per effetto del recepimento della Direttiva n. 2007/66, in materia di contratti a evidenza pubblica, ove venga accertata un'aggiudicazione illegittima per gravi violazioni delle regole procedurali, è possibile la dichiarazione di inefficacia del contratto validamente stipulato, così da poterlo sostituire con un altro valido, ai sensi degli artt. 121, 122 e 124 del d.lgs. n. 104/2010 (c.d. codice del processo amministrativo). Le osservazioni sono di F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 541. In tema si veda anche A. PLAIA, *L'invalidità satisfattiva dell'atto di autonomia privata e dell'atto amministrativo*, in *Eu. dir. priv.*, 2013, 4, p. 1015 ss..

³⁸⁵ Le parole sono di A. FEDERICO, *Nuove nullità e integrazione del contratto*, cit., p. 347.

particolare del professionista, di un obbligo di rinegoziazione (*rectius* di negoziazione, per la prima volta) della clausola che non costituisce oggetto di alcun accordo, essendo stata abusivamente imposta al consumatore. In tal modo, l'ordinamento lascerebbe alle stesse parti la determinazione dell'aspetto essenziale del regolamento, espunto a seguito del giudizio di vessatorietà; per tale via, sarebbe possibile sopperire alla mancanza di negoziazione originaria in modo non invasivo per l'autonomia contrattuale.

In alternativa, e, soprattutto, nelle ipotesi in cui tale rinegoziazione si riveli in concreto non percorribile, perché fallita o perché non adeguata a tutelare efficacemente il consumatore, rimarrebbe la strada dell'integrazione giudiziale.

A riguardo, giova una precisazione.

Astrattamente, qualunque modalità di eterointervento, anche quella mediante la riespansione della norma imperativa o dispositiva, consente al giudice di incidere in maniera profonda sul contenuto del contratto. La possibilità di conservare il regolamento mediante l'inserzione della regola imperativa o dispositiva implica una modificazione sostanziale dello stesso, che potrebbe risultare anche molto distante dall'originaria volontà delle parti, o meglio, di una di esse. Ma se lo scopo della nullità protettiva è, per l'appunto, la protezione effettiva, adeguata, e proporzionata del consumatore, ci pare che il giudice, una volta rilevata, anche d'ufficio, la nullità, debba necessariamente consentire che la regola legale venga iniettata nel corpo del regolamento, sì da ripristinare appieno il suo funzionamento. O, quanto meno, il giudice dovrebbe poter richiamare il professionista al suo obbligo di negoziare la clausola risultata vessatoria.

A ben vedere, i rimedi appena richiamati non pongono particolari problemi di compatibilità con il principio dell'autonomia privata. I primi due perché, pur operando l'integrazione per il medio necessario del giudice, a riespandersi è, pur sempre, la regola legale che le parti avrebbero dovuto osservare o che avrebbero potuto derogare, ma di comune accordo. In tal caso, il rimedio è e resta legale, benché, chiaramente, ad esecuzione giudiziale. Il secondo strumento non solleva, a sua volta, criticità perché consente di rimettere ai contraenti e, dunque, all'autonomia contrattuale, la scelta del contenuto idoneo a riempire la lacuna.

Il problema si pone, invece, quando manca una norma di legge da inserire nel contratto ovvero quando quella norma, astrattamente, esista, ma appaia inadeguata a tutelare efficacemente il contraente debole. Qualora gli effetti dell'applicazione della norma suppletiva dovessero privare il rimedio attivato di un carattere realmente dissuasivo, il giudice dovrebbe, certo, impedire l'ingresso nel contratto di quella norma. Ecco perché parte della dottrina prospetta, in questi casi, finanche una integrazione propriamente giudiziale del regolamento,

in quanto affidata, del tutto, al giudice del caso concreto.

La tesi favorevole a un intervento più diretto del giudice sul contratto è molto discussa e, quindi, dovrà essere adeguatamente sviluppata nel presente capitolo, al fine di offrire un coerente inquadramento sistematico di questa tecnica rimediabile, individuandone possibili presupposti e limiti di operatività.

Ma nell'introdurre questo tema si può, sin d'ora, anticipare che la questione dell'integrazione giudiziale del contratto si dimostra di grande attualità e rilevanza, in quanto impone allo studioso di interrogarsi sui rapporti tra poteri del giudice (in particolare, il potere di rilevare d'ufficio e dichiarare la nullità protettiva) e contratto; quest'ultimo inteso non più solo in senso strutturale come atto, bensì anche come regolamento di interessi tra le parti.

Da questo punto di vista, è sotto gli occhi di tutti la tendenza imboccata dal diritto contrattuale, soprattutto quello dei consumatori. L'ordinamento giuridico, pur lasciando ai privati la possibilità di autoregolamentare i propri interessi, si riserva, nel contempo, un controllo sempre più rigoroso in ordine alle modalità di manifestazione dell'autonomia contrattuale.

Il contratto, oggi, appare difficilmente riconducibile a una semplice manifestazione di volontà; quest'ultima, piuttosto, viene sottoposta, sempre più spesso, a una serie di limiti e controlli diretti ad assicurare il perseguimento di finalità ulteriori rispetto a quelle proprie dei privati³⁸⁶. Basti ricordare il limite della meritevolezza dell'interesse perseguito dalle parti, che viene frequentemente invocato dalla giurisprudenza come strumento di controllo dell'equilibrio (finanche economico) del contratto).

Ma a imporre dei limiti alla esplicazione della libertà contrattuale sono, soprattutto, il principio costituzionale di solidarietà sociale, transitato nel diritto contrattuale per mezzo della clausola generale di buona fede, e i principi eurounitari in materia di tutela del consumatore. Tali principi consentono di giustificare un controllo giudiziale a carattere ordinario, non più eccezionale, sulle prestazioni e sulla loro proporzione, nella prospettiva di un equo, quanto necessario, bilanciamento tra esigenze contrapposte, cioè tra il valore presidiato dall'art. 41 Cost. e la solidarietà sociale.

³⁸⁶ Basta richiamare alla mente le ipotesi in precedenza citate, in cui il legislatore è intervenuto a introdurre regole e limiti all'esercizio della libertà contrattuale, in taluni settori, in considerazione della posizione di debolezza contrattuale di una delle parti. Si pensi all'introduzione del divieto di abuso di dipendenza economica *ex* art. 9 della legge n. 192/1998; alla nullità degli accordi sui termini di pagamento e sulle conseguenze del ritardato pagamento, ove iniqui, ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. n. 231/2001; ancora, al divieto di pratiche commerciali sleali tra imprese nella filiera agro-alimentare *ex* art. 62 del d.l. n. 1/2012. Osserva autorevole dottrina, inoltre, che «la protezione del consumatore è ad un tempo strumento di protezione di una parte e condizione di efficienza del mercato. (...) La giustizia non si identifica più con la volontà e con un unico modello di contratto e di contraente. La formula ottocentesca declina e faticosamente appare un nuovo modello di riconoscimento dell'autonomia contrattuale e di controllo del contenuto liberamente voluto dalle parti. Insomma *contrattuelle* può non essere *juste*. Un accordo libero e valido non più garanzia di giustizia». Le riflessioni sono di G. VETTORI, *La giurisprudenza come fonte del diritto privato*, cit., p. 147.

Come è stato osservato in dottrina, ipotizzare un intervento integrativo di matrice giudiziale non dovrebbe essere concepito come un fenomeno di “depotenziamento” della libertà contrattuale dei privati, trattandosi «*piuttosto di un rimodellamento dell'autonomia privata sulle forme del principio solidaristico*»³⁸⁷ e del principio di effettività, in nome di una esigenza di “giustizia contrattuale”.

È idea diffusa, soprattutto nel sistema del diritto privato europeo, che «*l'economia di mercato non possa essere governata esclusivamente dal principio di equivalenza dei valori scambiati, ma debba anche perseguire, per il suo corretto funzionamento, la coesione sociale*»³⁸⁸.

Non a caso, il maggior sviluppo del dibattito sulla c.d. giustizia contrattuale è offerto proprio dal diritto privato europeo e dalla disciplina delle clausole abusive. La tutela del consumatore costituisce, in effetti, uno degli ambiti in cui si pone «*il problema generale di ogni ordinamento fondato sulla persona: quello di realizzare il difficile equilibrio tra libertà e solidarietà*»³⁸⁹.

È, dunque, in questo contesto assiologico di riferimento che si inserisce, pienamente, anche il dibattito sulla ammissibilità di operazioni di integrazione-correzione giudiziale del regolamento contrattuale connesse al rimedio invalidatorio.

A riguardo, in dottrina, si precisa, condivisibilmente, che l'intervento del giudice sul contratto ha carattere prettamente rimediale, presupponendo l'esistenza di una controversia tra le parti, per la circostanza che queste non siano state in grado di regolarsi autonomamente. In questa prospettiva, se la protezione del consumatore rappresenta il valore fondamentale della disciplina consumeristica, all'interprete deve essere consentito disporre di tutti gli strumenti rimediali idonei a raggiungere concretamente quell'obiettivo.

Pertanto, alla luce della *ratio* di questa disciplina, in uno con il principio di conservazione del contratto e con la teoria del giusto rimedio, dovrebbe ritenersi pienamente ammissibile un

³⁸⁷ Così G. VILLANACCI, *Autonomia privata e buona fede nella complessa relazione evolutiva con la normativa consumeristica*, cit., p. 917 ss., il quale riconnette l'intervento correttivo del giudice sul contratto alla esigenza di soddisfare il principio di giustizia contrattuale. Si vedano anche le considerazioni di F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 491 ss., secondo il quale, dietro la formula “giustizia contrattuale”, vi è la scelta di riconoscere «forme di controllo di natura sostanziale dell'autonomia privata da parte del giudice, imposte dall'ordinamento come inevitabile conseguenza dell'influsso esercitato nei rapporti privatistici dai principi costituzionali, in primo luogo, dal dovere di solidarietà». Già con riferimento alla previgente disciplina, è stato osservato che la correzione del contenuto del contratto non può essere concepita come un “attacco” all'autonomia della volontà, ma semmai come un “attacco” alla regolazione imposta dal predisponente. Oltretutto, si condivide la considerazione secondo cui, «a ben vedere, il giudice interviene in maniera determinante sul regolamento negoziale già nel momento in cui opera il controllo sulla vessatorietà delle clausole» e pronuncia la loro nullità. Sul punto si vedano: L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, cit., p. 206; R. PARDOLESI, *Diritto dei consumatori ed eliminazione degli squilibri: verso una riscrittura giudiziale del contenuto dei contratti?*, in *Disc. comm.*, 1999, p. 12-13.

³⁸⁸ Così si esprime F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, cit., p. 502.

³⁸⁹ Le considerazioni sono di A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Eu. dir. priv.*, 2007, p. 442 ss..

intervento giudiziale «ogni qualvolta vi sia il rischio che l'operazione economica possa essere irragionevolmente vanificata ad esempio in caso di mancanza/incompletezza di un elemento essenziale del contratto, o quando l'intervento possa essere di utilità per la complessiva efficienza dell'operazione». Tanto appare, infatti, coerente con l'idea che il rimedio non sia un valore in quanto tale, bensì uno strumento, da scegliere in relazione alle specificità del caso concreto, in nome dell'esigenza di trovare «la soluzione rimediale più appropriata alla tutela dell'interesse in gioco»³⁹⁰.

Il diritto a un rimedio effettivo, insieme alla teoria del giusto rimedio, dunque, va concepito come efficace «antidoto alla astrattezza delle tutele e delle situazioni soggettive, arricchisce il loro contenuto ampliando gli obblighi positivi degli Stati e favorendo l'attuazione giurisprudenziale di rimedi capaci di rimuovere gli ostacoli al loro esercizio e adeguati alla protezione sostanziale dell'interesse»³⁹¹.

Ove si condividano tali considerazioni di principio, si potrà concludere per l'ammissibilità dell'interpolazione del contratto, anche a opera del giudice, nei casi in cui venga dichiarata nulla una clausola vessatoria essenziale. Concettualmente, si ritiene di aderire a quella impostazione secondo la quale, le tecniche manutentive e correttive ben possono completare la tutela invalidante, soprattutto quando quest'ultima risponda all'esigenza di protezione di uno dei contraenti.

Questa affermazione necessita, tuttavia, di essere approfondita sotto due punti di vista diversi, ma complementari, al fine di poter fornire una ragionevole soluzione alla questione della sorte del contratto privato della clausola vessatoria essenziale e, più in generale, al problema del rapporto tra poteri del giudice e disciplina della nullità di protezione.

Da una parte, una volta analizzate le ragioni che si ritiene di porre a fondamento della ammissibilità della integrazione giudiziale, occorrerà soffermarsi sui criteri che debbono

³⁹⁰ Si rinvia a E. CAPOBIANCO, *Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi*, in AA.VV., *Correzione e integrazione del contratto*, diretto da F. Volpe, Bologna, 2016, p. 12 ss.. Questa impostazione appare, peraltro, in linea con l'approccio rimediale tipico dei sistemi di *civil law*, secondo cui *ubi ius ibi remedium*. Ne consegue che, una volta individuata una posizione soggettiva meritevole di tutela, i rimedi invocabili non sono solamente quelli oggetto di tipizzazione da parte della legge, ma sono anche tutti quegli ulteriori e diversi strumenti rimediali idonei a offrire una tutela adeguata ed effettiva per l'interesse leso. In questa prospettiva, allora, ben potrebbe ammettersi che alla nullità di protezione in funzione conformatrice si possa associare, come corollario costruttivo, una integrazione altrettanto conformatrice, rimessa interamente all'intervento del giudice sul regolamento contrattuale, ove questa risulti l'unica soluzione in grado di rendere effettiva la tutela connessa al rimedio invalidante. Sul tema del giusto rimedio si vedano, in particolare, gli autorevoli studi di: G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eu. dir. priv.*, 2006, p. 53 ss.; ID., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Pers. e merc.*, 2015, 1, p. 5 ss.; P. PERLINGIERI, *Il "giusto rimedio" nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss.; V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, cit., p. 337 ss..

³⁹¹ Tale principio si trova enunciato in numerose sentenze della Corte di Strasburgo: Corte eur. Dir. uomo, *Airey c. Irlanda*, 9 ottobre 1979, par. 24-28; *Lopes ostra c. Espagne*, 9 dicembre 1994, par. 52-58; *Opuz c. Turchia*, 9 giugno 2009. A riguardo, autorevole dottrina osserva che la finalità di questa impostazione è chiara: «eliminare le restrizioni nella protezione dei diritti, potenziare la funzione ermeneutica e individuare i rimedi più adeguati alla lesione». Cfr. G. VETTORI, *La giurisprudenza come fonte del diritto privato*, cit., p. 150.

orientare il giudice nella definizione della regola idonea a essere inserita nel contratto, mettendo ordine tra i concetti di buona fede e di equità, che, spesso, vengono accostati e confusi tra loro nell'operazione di integrazione giudiziaria.

Dall'altra parte, anche ad ammettere il potere del giudice di colmare la lacuna contrattuale, giova vagliare la possibilità di configurare un concorso in graduazione tra più rimedi, anziché invocarne uno soltanto. Difatti, l'integrazione giudiziale può apparire un rimedio discutibile se considerato da se solo, come unico strumento di tutela contro la caducazione di clausole abusive essenziali; mentre può costituire un valido ausilio per garantire l'effettività della tutela e la proporzionalità del regolamento pattuito, se posto in relazione concorsuale con gli altri rimedi illustrati in precedenza.

In ultimo, non ci si potrà sottrarre dall'indagare il rapporto tra la nullità di protezione, come ricostruita finora, e il rimedio risarcitorio, al fine di vagliare l'utilità e il margine di operatività di quest'ultimo, nel raffronto con gli strumenti integrativo-correttivi del contratto.

Questa possibilità di concorso merita, allora, di essere studiata *funditus* per comprendere come tutti questi rimedi si rapportino tra loro, stabilendo se sussista una relazione di non esclusione e di concorso l'uno con l'altro oppure se uno di essi debba considerarsi prevalente, in via esclusiva, sugli altri.

Si può sin d'ora anticipare, a riguardo, che la soluzione preferibile è quella di prospettare un concorso graduato tra tutti i rimedi illustrati, in forza del quale ritenere astrattamente ammissibili più modalità di gestione della lacuna contrattuale, nell'ottica di manutenzione del regolamento. Ciò nella consapevolezza di fondo che il problema degli effetti della nullità delle clausole abusive essenziali non può trovare sempre una soluzione unitaria, in quanto tali effetti variano in relazione alla natura della clausola dichiarata abusiva, tenuto conto che il rimedio invocato deve avere “carattere realmente dissuasivo”. La soluzione da perseguire deve, dunque, offrire un equilibrio adeguato tra l'esigenza di disincentivare pattuizioni abusive e l'esigenza di non assicurare una “iperprotezione” al consumatore che ottenga un regolamento più vantaggioso³⁹².

Si tratterà di stabilire, allora, quale sia il fondamento normativo di questa soluzione e sulla base di quale criterio l'interprete deve farsi guidare nel selezionare il rimedio più adatto.

Una volta compreso che, accanto alla tecnica di interazione legale, possono operare anche altre tecniche, si tenterà di fondare la costruzione della tavola degli strumenti modificativi utilizzabili dal giudice sulla logica sottesa all'art. 1374 c.c., quale norma di coordinamento tra disciplina di settore e regole generali, ipotizzando di ordinarli razionalmente, secondo la sequenza di criteri ivi prevista.

³⁹² Cfr. le considerazioni di A. STILO, *Sulle clausole che ciolano le regole di correttezza, trasparenza ed equità*, in www.dirittobancario.it, 2015, p. 9 ss..

1.1. I margini di operatività dell'intervento integrativo/correttivo del giudice alla luce dell'attuale contesto normativo e giurisprudenziale.

La breve premessa introduttiva sopra svolta consente di concentrare l'attenzione sulla più consistente forma di intervento giudiziale per saggiarne limiti e potenzialità.

L'indagine dovrà essere svolta andando alla ricerca del fondamento normativo del potere di integrazione del contratto anche nell'ambito della disciplina consumeristica.

Prima di prospettare tale ricostruzione, occorre, tuttavia, soffermarsi sulle ragioni che, ci pare, non consentano di escludere a priori siffatto potere del giudice, nonché sui criteri che presiedono la “*parte construens*” connessa al rimedio della nullità di protezione.

Richiamati brevemente gli argomenti assiologici e di principio che abbiamo ritenuto di porre a fondamento del potere giudiziale in esame, preme, ora chiarire, come le ragioni sottese all'indirizzo sfavorevole possano essere agevolmente superate.

Uno dei principali argomenti sostenuti da una parte della dottrina per escludere l'integrazione giudiziale è quello secondo cui, dal sindacato giudiziale di vessatorietà non potrebbe essere dedotto anche un potere di integrazione del contratto a favore della parte debole³⁹³.

A riguardo, si potrebbe osservare che, certamente, l'art. 36 cod. cons. (come già l'art. 6 della Direttiva), nel sancire la nullità (di protezione) della clausola vessatoria, non contempla espressamente alcuna forma di intervento modificativo e neppure la sostituzione con la norma imperativa violata o la riespansione della regola di diritto dispositivo abusivamente derogata.

Questa circostanza, a nostro avviso, non esime, tuttavia, l'interprete dal ricercare la soluzione interpretativo-applicativa più idonea a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale ivi contemplata, al fine di evitare che la nullità di protezione operi in senso puramente formale, senza realizzare l'interesse sostanziale della parte debole.

Come si è già anticipato, è possibile superare l'argomento fondato sul dato normativo ragionando, in primo luogo, sui principi eurounitari che governano la materia. Alla luce dell'analisi sin qui svolta, si ritiene di dover leggere gli istituti tradizionali del diritto contrattuale con la lente del principio di effettività della tutela, il quale influenza e rimodella, per certi versi, le modalità di attuazione dei meccanismi protettivi predisposti dal legislatore.

³⁹³ Di questo avviso: U. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, cit., p. 320 ss.; A. D'ADDA, *La correzione del “contratto abusivo”*, cit., p. 390 ss.; G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., p. 233 ss..

Se la nullità di protezione si caratterizza per una inedita finalità di conformazione del contratto, significa che, alla tradizionale portata demolitoria propria di ogni ipotesi di nullità, ben possa aggiungersi una componente positiva e costruttiva, volta ad adattare il regolamento contrattuale al mutamento subito per effetto della sentenza caducatoria; ciò al fine di renderlo proporzionato e adeguato rispetto all'assetto di interessi diviso dalle parti. Da qui, il proliferare di una serie di statuti normativi non omogenei del rimedio invalidante, che si differenziano tra loro proprio per la particolare e diversa graduazione dei relativi effetti³⁹⁴.

Ciò considerato, allora, è possibile supporre che, in nome dell'esigenza di protezione dell'interesse sostanziale del contraente debole e, quindi, sul piano più prettamente processuale, in nome dell'esigenza di garantire un rimedio giusto ed effettivo a suo favore, il giudice possa concorrere ad adeguare il regolamento negoziale mediante interventi sostitutivi, integrativi o correttivi, a seconda dei casi.

Nell'impossibilità di ipotizzare *ex ante* solamente un effetto conformativo connesso alla caducazione della clausola, al giudice deve poter essere riconosciuto il potere di valutare, in relazione alle specificità della fattispecie concreta, se e come intervenire sul regolamento contrattuale.

Pertanto, riteniamo che un primo approdo a cui ha condotto la presente indagine sia il seguente. Talvolta, l'effetto protettivo/conformativo connesso alla nullità speciale si esaurirà nella semplice caducazione della clausola viziata; altre volte, invece, quell'effetto richiederà, per potersi realizzare, un intervento ulteriore, mediante meccanismi di tipo sostitutivo o integrativo della lacuna contrattuale, soprattutto quando questa derivi dalla eliminazione di una clausola vessatoria essenziale.

In questa prospettiva e in coerenza con la funzione "ausiliaria" svolta dal potere di giudiziale rilevazione officiosa della nullità, al giudice sembrerebbe attribuito anche un consequenziale potere di modularne gli effetti, in vista di una duplice finalità: da un lato, la protezione della parte debole, che viene "assistita" nella gestione della lacuna contrattuale, nell'ottica di mantenere il regolamento esistente; dall'altro, la riconduzione a proporzione o equità del regolamento squilibrato, in nome di una più generale esigenza di tutela del mercato e di rispetto delle sue regole e, nel contempo, in vista di un superiore valore di c.d. giustizia contrattuale, connesso al principio costituzionale di solidarietà sociale. Questa impostazione, peraltro, ci appare coerente con la stessa natura ancipite dell'interesse sostanziale alla cui protezione è diretta la nullità *ex art. 36 cod. cons.*

D'altra parte, numerosi sono anche gli indici normativi e giurisprudenziali che consentono di giustificare sempre più consistenti interventi giudiziali sul contratto, nell'ottica di

³⁹⁴ Sul tema si rinvia, nuovamente, a V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, cit., p. 449-450.

ricondurlo a proporzione o a equità.

È doveroso ricordare come l'intervento giudiziale sul contratto sia già un fenomeno conosciuto dal codice civile, particolarmente in materia di contratti di impresa, come la vendita, il mandato o l'appalto: laddove il corrispettivo della prestazione non sia stato fissato dalle parti o non sia individuabile alla luce degli usi dello specifico settore di mercato, la relativa determinazione è, da ultimo, rimessa al giudice.

Questo significa che, anche di fronte a un contratto strutturalmente “sano”, ma incompleto per la mancanza di un elemento essenziale, quale la indicazione del prezzo, il codice ammette l'intervento del giudice, nell'ottica di garantire la conservazione del contratto, piuttosto che lasciare operare la nullità totale *ex art. 1418 c.c.*.

In mancanza di una esplicita indicazione normativa circa il criterio da adoperare per colmare la lacuna, ci pare logico che possa venire in gioco proprio l'equità di cui all'art 1374 c.c., quale criterio residuale. In tal modo, essa troverebbe applicazione anche nei casi in cui non sia espressamente richiamata, ma risulti implicitamente presunta nel riconoscimento al giudice di un potere così significativo come quello di determinazione di un elemento essenziale del contratto.

Sempre sotto il profilo normativo, ma spostando l'attenzione sulla legislazione speciale, si ricorda come, da ultimo, una recente disposizione, l'art. 62 , comma 1, del d.l. n. 1/2012 (convertito in legge n. 27/2012), abbia esplicitamente contemplato la proporzionalità tra i principi ispiratori della disciplina dei contratti di cessione di prodotti agricoli e alimentari, insieme a quelli di trasparenza, correttezza e reciproca corrispettività delle prestazioni. Sicché, alcuni attenti osservatori ritengono che da questa disposizione possa essere desunta, implicitamente, la sussistenza di un potere correttivo del giudice, funzionale a impedire e stigmatizzare le pattuizioni recanti disparità abusive e sproporzioni tra le prestazioni³⁹⁵.

Certamente, una singola disposizione, oltretutto nell'ambito della legislazione speciale, di per sé, non è idonea a fondare una regola di sistema. Va, però, segnalato come quella citata è la più recente di una serie di fattispecie che, in vari settori dell'ordinamento, recano l'espressa previsione di forme di intervento del giudice sul contratto nell'ottica di ricondurre a proporzione le relative prestazioni.

³⁹⁵ Cfr. M. PENNASILICO, “Ménage à trois: la correzione giudiziale dei contratti”, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1, p. 207-208, secondo il quale, la conformità dei contratti di cessione dei prodotti agricoli al principio di proporzionalità (oltre che ai principi di trasparenza, correttezza e reciproca corrispettività delle prestazioni), non è che «l'ennesimo, sia pure implicito, tassello del processo di riconoscimento e di generalizzazione del potere correttivo del giudice, il cui esercizio risponde proprio all'esigenza di ovviare alle disparità abusive e di ripristinare la corretta proporzionalità tra le prestazioni». Sul tema si rinvia anche a: R. TOMMASINI, *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, cit., p. 1 ss.; S. PAGLIANTINI, *Il “pasticcio” dell'art. 62, l. n. 221/2012: integrazione equitativa di un contratto parzialmente nullo o responsabilità precontrattuale da contratto sconveniente?*, in G. D'Amico e S. Pagliantini, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Torino, 2013, p. 151 ss..

Particolarmente significativo, in questa prospettiva, era anche il già richiamato testo originario dell'art. 7 del d.lgs. n. 231/2002, in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali: ivi era previsto, prima della riforma del 2012, il potere del giudice di ricondurre a equità l'accordo delle parti sulla data del pagamento o sulle conseguenze del mancato pagamento che fosse gravemente iniquo in danno del creditore.

Benché l'attuale testo normativo non contempli più la riconduzione giudiziale a equità del contratto, è interessante soffermarsi sulla disposizione in esame per comprendere le linee evolutive del sistema.

La norma stigmatizzava con la nullità gli accordi gravemente iniqui, in quanto sintomatici di uno squilibrio ingiustificato ed eccessivo. A riguardo, la relazione governativa di accompagnamento al decreto sottolineava che si trattasse di una “nullità parziale testuale”, in quanto diretta a colpire la sola pattuizione iniqua, lasciando sopravvivere il contratto. In questo caso, era lo stesso legislatore a prevedere le conseguenze da ricollegare alla caducazione della pattuizione nulla. Due le alternative prospettabili. Da un lato, il giudice poteva consentire la riespansione della regola di diritto dispositivo abusivamente derogata, dando così applicazione ai termini legali. Dall'altro, il giudice poteva optare per la riconduzione del contratto a equità, anziché favorire la riespansione della regola dispositiva³⁹⁶.

In quest'ultimo caso era lo stesso legislatore ad ammettere l'utilizzo giudiziale del criterio equitativo per porre rimedio alla grave sproporzione tra le prestazioni. Benché questa previsione sia venuta meno, non sembra possibile desumere da ciò la radicale esclusione di ogni forma di intervento giudiziale attraverso il criterio equitativo, laddove non sia dato ravvisare una norma di diritto dispositivo da poter applicare.

Un simile problema interpretativo-applicativo si potrebbe porre in materia di *franchising*, laddove la mancanza di una norma sostitutiva sul tempo dell'ammortamento dell'investimento rende inoperante qualsivoglia meccanismo sostitutivo o integrativo.

L'art. 3, comma 3, della legge n. 129/2004 dispone, infatti, la nullità della clausola del contratto di *franchising* in cui sia previsto un tempo per l'ammortamento dell'investimento superiore a quello previsto come durata minima dalla legge, pari a tre anni, e tale termine non sia, però, sufficiente a conseguire l'obiettivo avuto di mira dalle parti.

In tal caso, l'eventuale riespansione del termine legale triennale potrebbe non essere idonea a tutelare l'affiliato, in relazione alle caratteristiche del caso di specie. D'altra parte, la mancanza di una previsione sostitutiva reca il rischio della caducazione dell'intero contratto.

Al fine di scongiurare questa eventualità, allora, verrebbe in evidenza l'utilità del criterio

³⁹⁶ Cfr. C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e poteri correttivi del giudice*, cit., p. 124 ss.; S. ZUCCHETTI, sub art. 7 (d.gs. n. 231/2002), in *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali* (d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231), a cura di G. De Cristofaro, in *Leggi civ. comm.*, 2004, p. 573 ss..

equitativo. L'esigenza di tutelare l'interesse dell'affiliato alla conservazione del contratto giustificerebbe un intervento integrativo-correttivo da parte del giudice, il quale, in forza dell'equità, potrebbe determinare la regola temporale più efficace rispetto al caso di specie.

Già queste prime indicazioni legislative sarebbero significative per ammettere, sia pure in modo oculato, uno spazio di operatività al criterio integrativo-correttivo dell'equità, laddove questa sia l'unica strada idonea a garantire la conservazione del contratto, soprattutto quando quest'ultimo realizza l'esigenza di tutela della parte debole.

È, allora, il dato normativo, prima di tutto, a imporre all'interprete di prendere atto del fenomeno, in quanto sintomo inequivocabile dell'evoluzione del sistema rimediabile³⁹⁷.

Sotto il profilo giurisprudenziale, d'altra parte, plurime sono le pronunce in cui i giudici hanno avvertito l'utilità del meccanismo correttivo e del criterio equitativo.

In una delle ultime sentenze pronunciate dalla Corte di Cassazione in tema di clausola penale³⁹⁸, è dato leggere che il potere giudiziale (anche officioso) di riduzione ad equità, ex art. 1384 c.c., essendo posto a protezione di un interesse generale, non solo può essere esercitato d'ufficio, ma, soprattutto, risponde all'esigenza «*di ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare effettivamente meritevole di tutela*». Il che significa, allora, che il giudice può ridurre d'ufficio la penale persino quando le parti abbiano pattuito la sua irriducibilità. Difatti, secondo la Corte, l'art. 1384 c.c. attribuisce «*al giudice il potere di applicare, in nome del principio solidaristico, i criteri più idonei per realizzarlo, anche superando l'autonomia contrattuale*»³⁹⁹.

Questa affermazione ci pare densa di importanza per due profili. Da una parte, la sentenza sottolinea il fondamento assiologico sotteso alla riduzione a equità ex art. 1384 c.c., che viene individuato nel principio costituzionale di solidarietà. Dall'altro lato, al giudice è riconosciuta la possibilità di esercitare tale potere scegliendo i criteri più idonei per realizzarlo, «*anche superando l'autonomia contrattuale*».

La giurisprudenza più recente sembra riconoscere l'utilità dell'equità in funzione di

³⁹⁷ Osserva F. MACARIO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti tra imprenditori*, in AA.VV., *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006, p. 306 ss., a proposito della contrattazione d'impresa, ma con considerazioni di portata generale, che le occasionali previsioni legislative di rimedi correttivi, lungi dal poter essere derubricate a interventi provvisori e contingenti, legate al loro carattere settoriale, dovrebbero, al contrario, essere seriamente studiate come indici di una evoluzione del sistema. Tanto nella consapevolezza che «i rimedi correttivi non sovvertono le fondamenta del sistema del diritto dei contratti, costituendo semmai l'occasione per riflettere sulla sua evoluzione (...), senza rinnegare la tutela invalidante, ma semmai completandola».

³⁹⁸ Cass., Sez. III, ord. 23 marzo-15 giugno 2018, n. 15753, in www.personaemercato.it.

³⁹⁹ D'altra parte, lo si ribadisce, poiché il giudice dispone del potere di rilevare d'ufficio la nullità della clausola abusiva, a prescindere dalla domanda di parte, è evidente che, già per tale via, si realizza una modifica sostanziale del contratto, all'esito della declaratoria della stessa. Conseguentemente, si ritiene altrettanto ammissibile che il giudice possa non soltanto “ridurre” il regolamento contrattuale (per eliminazione della clausola vessatoria), ma anche integrarlo (mediante inserzione di una regola diversa), poiché il risultato è, sostanzialmente, sempre il medesimo, cioè la modifica del regolamento contrattuale.

conservazione del contratto anche con riguardo a fattispecie normative che non contemplano esplicitamente questo criterio.

Si ricorda, innanzitutto, quell'orientamento giurisprudenziale, in materia di lavoro subordinato, costante nel predicare la nullità della clausola del contratto recante una retribuzione inadeguata o perché troppo esigua in proporzione al lavoro prestato dal dipendente o perché, comunque, non idonea ad assicurare a lui e alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa⁴⁰⁰.

In questo caso, la nullità (parziale) viene dichiarata per contrasto con l'art. 36 Cost., interpretato come norma immediatamente precettiva, attribuendo al lavoratore il diritto a una retribuzione giusta.

L'esigenza di conservare il rapporto di lavoro che, senza l'indicazione del corrispettivo, a seguito della caducazione della relativa clausola, rischierebbe la nullità totale, induce i giudici ad ammettere un loro intervento equitativo sul contratto per riequilibrare il corrispettivo ingiusto. Ragionando, dunque, sulla finalità di protezione sottesa all'ipotesi di nullità in esame, la giurisprudenza ammette un potere correttivo del giudice ispirato all'equità, quale criterio sussidiario idoneo a operare in mancanza di regole legali applicabili.

L'intervento equitativo del giudice è stato prefigurato dalla giurisprudenza di legittimità anche come efficace rimedio rispetto al problema della determinazione del corrispettivo del diritto reale d'uso dello spazio per parcheggio. La clausola con cui il costruttore esclude il bene dalla destinazione a parcheggio è nulla per contrasto con una norma imperativa di legge. Anche in questo caso, ad avviso di parte della dottrina e della giurisprudenza, l'invalidità di una singola clausola aprirebbe le porte alla integrazione giudiziale del contratto⁴⁰¹. L'acquirente dell'unità abitativa di nuova costruzione, una volta ottenuta l'attribuzione del diritto reale d'uso sullo spazio destinato a parcheggio, è tenuto a pagare un corrispettivo al costruttore per questo scambio ulteriore, la cui determinazione viene rimessa al giudice.

Sicché, l'esigenza di realizzare la conservazione del contratto potrebbe essere soddisfatta solo attraverso un intervento equitativo del giudice, in mancanza di una norma sostitutiva applicabile, ai sensi dell'art. 1374 c.c..

L'utilizzo del criterio equitativo si rivela, dunque, particolarmente efficace quando manchi del tutto la regola legale da sostituire alla clausola essenziale nulla. Questo è vero, a maggior

⁴⁰⁰ Cfr. Cass., 25 marzo 1960, n. 636, cit.; Cass., 4 marzo 1972, n. 629, cit.; Cass., 1 dicembre 1984, n. 6281, cit.; Cass., 9 agosto 1996, n. 35, cit.; Cass., 11 gennaio 2012, n. 153, cit..

⁴⁰¹ Cass., Sez. Un., 17 dicembre, 1984, nn. 6602, cit.; Cass., 27 dicembre 1994, n. 11188, cit., con nota di E. SCODITTI, *Spazio per parcheggio e giusta causa dell'attribuzione*, secondo il quale la sentenza evocava, ai fini dell'integrazione del corrispettivo, il criterio dell'equità di cui all'art. 1374 c.c., ritenuto come criterio «immanente nell'ordinamento», la cui applicazione deve essere effettuata caso per caso, nel quadro della complessiva operazione economica; Cass., 16 aprile 1996, n. 3580, cit.; Cass., 20 ottobre 1997, n. 10248, cit.; Cass., 10 marzo 2006, n. 5160, cit.; Cass., 6 settembre 2007, n. 18691, cit..

ragione, per quei casi in cui la previsione sostitutiva sussista, ma, successivamente, venga dichiarata incostituzionale. A queste conclusioni è giunta la Corte di Cassazione in una recente, quanto significativa, sentenza in materia di affitto di fondo rustico⁴⁰², relativa alla pattuizione di un corrispettivo nullo, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 71/2011. La sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità dell'art. 9 della legge n. 203/1982 preclude, infatti, l'inserzione automatica dell'equo canone ivi previsto.

In tal caso, l'unico rimedio prospettabile e prescelto dai giudici è l'integrazione giudiziale della lacuna per mezzo dell'equità di cui all'art. 1374 c.c.. Tale soluzione si impone non solo per l'inazionabilità del meccanismo di integrazione automatica *ex art.* 1339 c.c., mancando la regola legale sostitutiva; ma anche perché la determinazione del canone costituisce *condicio sine qua non* per la configurabilità di un inadempimento in capo al conduttore. Solo per tale via, infatti, sarà esigibile l'obbligo del conduttore di pagare il corrispettivo, garantendo la prosecuzione del rapporto contrattuale. In tal modo, si assicura un'efficace salvaguardia dell'interesse del conduttore a continuare a godere del fondo, visto che i rimedi alternativi astrattamente ipotizzabili, come l'attivazione del meccanismo degli indennizzi reciproci, non paiono in grado di realizzare quel risultato, privando il conduttore della possibilità di utilizzare il bene.

Benché anche la sentenza da ultimo citata non riguardi specificamente un contratto di consumo e non faccia riferimento a una norma che contempri esplicitamente l'equità, è certo significativo un dato: allo scopo di assicurare la solidarietà sociale e, quindi, un obiettivo di giustizia sociale attraverso il contratto, la giurisprudenza sembra riconoscere al giudice il potere di intervenire, ogniqualvolta l'autonomia contrattuale non si sia estrinsecata correttamente e non appaia, perciò, meritevole di tutela.

A maggior ragione, allora, questa possibilità di intervento giudiziale dovrebbe essere giustificata nell'ambito della contrattazione asimmetrica, quando una pattuizione essenziale sia frutto di un abuso della libertà contrattuale. Anche in questo caso, l'autonomia privata non appare meritevole di tutela per le modalità in cui si è estrinsecata; e, quindi, per lo stesso principio, si può rendere necessario che il giudice intervenga a ripristinare l'equilibrio, finanche correggendo il contratto con l'inserzione di una regola *ad hoc*, ove non sia altrimenti possibile conservarlo.

Sotto questo profilo, l'equità sembra essere, nuovamente, la chiave di volta per assicurare la manutenzione del contratto anche quando venga dichiarata nulla, per abuso di dipendenza

⁴⁰² Cass., 22 aprile 2013, n. 9735, cit.. Sulla stessa linea interpretativa, si veda anche Cass., 22 marzo 2013, n. 7268, cit., relativa al diverso caso del mancato accordo dei coeredi di un fondo rustico circa il corrispettivo da versare all'erede coltivatore diretto, divenuto affittuario *ex lege* delle loro quote indivise. Sul tema, si veda S. PAGLIANTINI, *Appunti a margine di Cass., n. 9735/2013: l'art. 1374 e la lacuna sopravvenuta*, cit., p. 183 ss..

economica, ex art. 9, comma 3, della legge n. 192/1998, la clausola recante il meccanismo di determinazione del prezzo risultato eccessivamente squilibrato.

Questa fattispecie è particolarmente significativa, perché il problema dell'intervento integrativo-correttivo si pone proprio con riguardo a un contratto strutturalmente asimmetrico, benché relativo a un rapporto tra due imprese.

Anche in questo caso, il risultato della conservazione del contratto privato della clausola abusiva non può essere conseguito invocando la sostituzione automatica di cui all'art. 1339 c.c., poiché in questo settore non sussistono norme inderogabili precise che fissino prezzi o tariffe vincolanti per i privati. Né, tanto meno, convince l'idea di una integrazione dispositiva per il tramite dell'applicazione degli artt. 1561 o 1474 c.c. sulla determinazione del prezzo non concordato dalle parti. In tal caso, infatti, non si tratta solo di colmare una lacuna (originaria) del contratto, ma di assicurare il ripristino dell'equilibrio contrattuale alterato dalla pattuizione frutto di abuso di dipendenza economica.

Ci pare, allora, più convincente intervenire sul contratto o richiamando le parti all'obbligo di buona fede, con conseguente (ri)negoziazione della clausola sul corrispettivo, oppure, lasciando al giudice la determinazione dello stesso mediante l'equità. In caso di intervento integrativo giudiziale il prezzo dovrebbe essere fissato dal giudice in relazione alle condotte degli operatori economici virtuosi di quel settore di mercato, così da limitare la sua discrezionalità⁴⁰³.

Le considerazioni appena svolte, alla luce dell'analisi dato normativo e del dato giurisprudenziale consentono, allora, di superare la lacunosità del dettato dell'art. 36 cod. cons. sotto il profilo della integrabilità del contratto.

Peraltro, come si vedrà meglio più avanti, non è del tutto corretto neanche sostenere che l'integrazione giudiziale del contratto non trovi nessun appiglio normativo.

E qui viene in gioco la seconda critica all'impostazione negazionista. È ben vero che non è possibile desumere l'esistenza di un generalizzato potere correttivo del giudice da alcuna norma, neppure dall'art. 1374 c.c.; tuttavia, l'obiezione in questione non ci pare cogliere nel segno perché risulta mal posta. La questione non è se tale potere possa sussistere in via

⁴⁰³ A questa soluzione è arrivato il Tribunale di Massa, in due recenti ordinanze: Trib. Massa, 26 febbraio 2014, cit.; Trib. Massa, 15 maggio 2014, cit.. In entrambe le sentenze, si afferma, significativamente: «Se in siffatte situazioni non fosse consentito un intervento integrativo giudiziale, si finirebbe col pervenire a soluzioni opposte a quelle di tutela del contraente debole, il quale non ha facilità di trovare soluzioni alternative e che, quindi, ha interesse a preservare il rapporto contrattuale e non a far risolvere lo stesso a causa di anomalie, genetiche o sopravvenute, di funzionalità del sinallagma negoziale». Peraltro, in queste ipotesi, l'intervento del giudice sul contratto non si traduce in una indebita ingerenza del giudice nell'autonomia negoziale «considerato, da un lato, che il divieto di discriminazione consente di individuare le regole del caso concreto *per relationem* e cioè con riguardo al regolamento contrattuale previsto nelle situazioni analoghe che funzionano da termine comparativo, senza necessità di un intervento giudiziale di tipo “creativo”, e che, dall'altro, non deve tutelarsi l'autonomia negoziale, peraltro a senso unico, che si esprima con modalità non consentite dall'ordinamento».

generale e astratta, ma se esso possa essere esercitato in determinate circostanze e in forza di criteri legalmente previsti. Sotto questo diverso angolo prospettico, allora, sarebbe possibile configurare l'attività integrativa giudiziale come una delle varie modalità di intervento sul contratto, alternativa alle altre già illustrate, secondo il criterio gerarchico prospettato dall'art. 1374 c.c..

Quanto, poi, al parametro attraverso il quale il giudice può svolgere tale attività, questo può consistere, astrattamente, o nella clausola generale di buona fede/correttezza o - come ci pare più convincente - nell'equità.

Il punto è dibattuto e verrà ripreso più avanti. Ma, qualunque sia il criterio che si ritenga preferibile, esso troverebbe, comunque, fondamento proprio nell'art. 1374 c.c.. In particolare, per quanto riguarda la buona fede, si ritiene che nel richiamo alla "legge", quale primaria fonte di integrazione del contratto, ben sarebbe riconducibile anche la previsione della regola di buona fede *in executivis* di cui al successivo art. 1375 c.c.. Per quanto riguarda l'equità, che consideriamo il criterio principe a cui l'attività integrativa giudiziale può essere improntata, essa trova esplicita menzione nell'art. 1374 c.c., sia pure come *extrema ratio*.

A ciò si aggiunga che tanto la buona fede/correttezza, quanto l'equità sono menzionati tra i diritti fondamentali riconosciuti ai consumatori dall'art. 2, lett. e), cod. cons.. Ne consegue, dunque, che non sarebbe improprio prospettare una lettura congiunta dell'art. 36 cod. cons. con la predetta disposizione. Nel senso che se il consumatore ha diritto al rispetto della correttezza e dell'equità nei rapporti contrattuali, significa che il giudice, nel momento in cui esercita il potere di rilevazione/dichiarazione della nullità di protezione, deve garantire che l'attuazione di questo rimedio sia ispirata a quei principi, il rispetto dei quali può esigere anche una connessa attività di integrazione del contratto.

Un'ultima critica che è stata mossa ai meccanismi di integrazione-correzione giudiziale riguarda le conseguenze negative che potrebbero derivare dalla loro applicazione. Vi è chi ritiene che essi esponano le negoziazioni, da un lato, a rischi di incertezza circa l'individuazione della regola da applicare; dall'altro, a rischi di arbitrii da parte del giudice nell'elaborazione di quella regola integrativa⁴⁰⁴.

In realtà, anche questa critica può essere superata se, come si vedrà, si accede all'idea per cui l'integrazione giudiziale non costituisce uno strumento applicabile in qualsiasi frangente e a totale discrezione dell'autorità giudiziaria. Tutto al contrario, traendo ispirazione dallo schema gerarchico dell'art. 1374 c.c., questo strumento deve essere letto come uno dei possibili rimedi idonei a conservare il contratto privato di una clausola essenziale. La sua operatività, pertanto, non è rimessa a una libera scelta del giudice, ma postula l'impossibilità

⁴⁰⁴ Si veda, in particolare, G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, cit., p. 233 ss..

di invocare gli altri strumenti gerarchicamente sovraordinati, cioè l'integrazione mediante riespansione della regola legale e la buona fede come fonte di un obbligo di rinegoziazione per le parti.

Seguendo questo schema, inoltre, non solo verrebbe fortemente limitato il rischio di arbitrii e soggettivismi da parte del giudice, ma sarebbe possibile ovviare anche al problema della certezza del diritto, in quanto il ricorso all'equità sarebbe circoscritto solo a casi particolari, in cui la salvezza del contratto non sarebbe altrimenti possibile.

Non ultimo, in queste ipotesi, quel rischio sarebbe scongiurabile anche valorizzando l'obbligo motivazionale del giudice, il quale è chiamato a spiegare le ragioni per le quali è pervenuto a elaborare una certa regola contrattuale, riempiendo di contenuto il concetto di equità alla luce delle specificità del caso concreto e in coerenza con il parametro di ragionevolezza delle decisioni⁴⁰⁵.

In particolare, il giudice, nel correggere il contratto, non può operare in contrasto con l'autonomia privata, ma, al contrario, a tutela della stessa, facendo emergere la reale volontà delle parti, in funzione della protezione del contraente debole⁴⁰⁶. Nell'intervenire sul contratto, allora, il giudice deve farsi guidare dalla stessa logica sottesa all'operazione economica privata, da un lato, valorizzando le circostanze del caso concreto, dall'altro, cogliendo l'interesse alla base della pattuizione privata⁴⁰⁷.

D'altra parte, come in precedenza osservato, neanche il consolidato orientamento della giurisprudenza europea sembra costituire un ostacolo insormontabile, per due ragioni fondamentali.

In primo luogo, la stessa Corte di Giustizia non è sempre uniforme nelle sue decisioni: accanto ai noti casi *Banco Español* e *Asbeek Brusse*, in cui il potere di integrazione,

⁴⁰⁵ Di questo avviso M.C. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, p. 177 ss.

⁴⁰⁶ Cfr. S. GUADAGNO, *Squilibrio contrattuale: profili rimediali e intervento correttivo del giudice*, cit., p. 744 ss.. Si potrebbe, inoltre, osservare che la discrezionalità del giudice sarebbe ben più ampia se questi avesse il potere di dichiarare la nullità totale del contratto a fronte della vessatorietà di una clausola essenziale, poiché priverebbe *tout court* il consumatore del contratto, in contrasto con le stesse finalità protettive del diritto europeo. A riguardo, si richiama anche, a commento della sentenza *Perenicova* della Corte di Giustizia: R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brusse*, cit., p. 395 ss..

⁴⁰⁷ Si vedano anche le osservazioni di F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 176. L'Autore, nell'opera citata, svolge una più generale riflessione sul ruolo del giudice rispetto al contratto, idonea a offrire, tutt'oggi, un validissimo spunto di indagine. Egli osserva come il potere discrezionale del giudice non possa più essere considerato come un mezzo attraverso il quale rendere continuamente attuale il dettato normativo, ma si ponga, spesso, come unica soluzione ai problemi posti dall'evoluzione, sempre crescente, della società. Tanto è vero che il giudice appare oggi «elemento indispensabile della dialettica ordinamento giuridico-autonomia privata e i suoi interventi non sono più dettati da momenti patologici del diritto, al fine di rendere possibile la soluzione di fattispecie non inquadrantesi negli schemi predisposti dal legislatore», ma sono valorizzati dall'inserimento fisiologico nel meccanismo applicativo dei principi dell'ordinamento». Alla luce di queste considerazioni, l'Autore in esame ritiene che il rischio di arbitrii possa essere scongiurato grazie a due ordini di limiti: un limite interno, derivante dalla stessa logica dell'operazione economica posta in essere dai privati; un limite esterno, derivante da una serie di direttive di giudizio che il giudice ha il compito di specificare nel caso concreto, ispirando ad esse il giudizio finale.

soprattutto giudiziale, è stato esplicitamente escluso, nel coevo caso *Kàsler*, essa ha aperto alla possibilità, per il giudice, di intervenire sul contratto recante una lacuna sopravvenuta, benché, in quella ipotesi, l'integrazione sia stata ammessa solo mediante il diritto dispositivo.

In secondo luogo, si potrebbe osservare come, alla luce della giurisprudenza sopra richiamata, la Corte di Giustizia non abbia mai affrontato direttamente né il problema della nullità di una clausola essenziale, né il problema della possibile inserzione nel contratto di una regola di matrice giudiziale. Pertanto, resta da valutare quale soluzione essa prospetterebbe nel particolare caso in cui dovesse mancare una norma imperativa da sostituire ovvero una regola suppletiva da far riespandere per colmare la lacuna prodotta dalla dichiarazione di abusività di una clausola.

Dunque, il dibattito è tutt'altro che chiuso.

In ultimo, ci pare criticabile anche la logica alla quale è ispirato il ragionamento della Corte di Giustizia a sostegno della propria posizione di chiusura: la possibilità di integrare il contratto per mano del giudice non eliminerebbe in radice l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice caducazione della clausola abusiva.

Tutto al contrario, ci pare che se il professionista fosse consapevole del rischio di subire la modificazione del contratto ad opera del giudice – in funzione del ripristino dell'equilibrio alterato dal suo abuso di potere –, sarebbe indotto a evitare di fare un cattivo esercizio del suo potere contrattuale.

Come è stato condivisibilmente osservato, *«negando l'integrazione, si concederebbe al professionista un'arma troppo agevole per mettere in scacco la disciplina sulle clausole vessatorie: basterebbe inserire sempre un oggetto intrasparente per tenersi aperta la strada della nullità»*⁴⁰⁸.

Il ricorso a rimedi correttivi potrebbe, invece, produrre l'effetto virtuoso di indurre le parti a trovare da sole l'equilibrio idoneo a impedire l'intervento del giudice sul contratto. Alla luce dell'analisi economica del diritto, infatti, il rischio per i contraenti di subire l'adattamento del

⁴⁰⁸ Così E. NAVARRETTA, *Il contratto "democratico" e la giustizia contrattuale*, cit., p. 1262 ss.. Considerazioni non dissimili sono svolte da M.C. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 183, secondo la quale, sarebbe una conseguenza logica che, di fronte all'iniquità di un patto, segua una pronuncia equa. Pertanto, se quest'ultima «potrà essere raggiunta solo con la dichiarazione di nullità, il giudice si limiterà ad essa. Altrimenti, per tutelare il fondamentale interesse alla conservazione del contratto, sarà "obbligato" a conformare il contratto, senza che ciò possa essere visto come una insopportabile violazione dei poteri riservati all'autonomia privata». In termini non dissimili anche F. AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, cit., p. 81, secondo il quale, in favore della possibilità, per il giudice, di ricostruire la pattuizione decaduta, milita l'esigenza di impedire che il professionista possa sfruttare in modo opportunistico la disciplina delle clausole vessatorie: «se, infatti, al giudice fosse in ogni caso precluso l'intervento integrativo, al professionista basterebbe inserire nel contratto un oggetto non trasparente, o comunque una clausola vessatoria pur sempre "decisiva" per l'operazione negoziale, per essere sicuro che, là dove il consumatore decidesse di avvalersi della nullità di protezione, la caduta della clausola in questione finirebbe col travolgere l'intero contratto, sicché questi si troverebbe stretto nell'alternativa se avvalersi della tutela che gli spetta o mantenere in vita il negozio, col potenziale effetto deterrente (ad attivare il rimedio) che da una simile situazione discenderebbe».

contratto per mano del giudice potrebbe esplicitare un effetto di deterrenza idoneo limitare i comportamenti abusivi del professionista o, quanto meno, a indurli a rimediare loro stessi all'abuso, magari rinegoziando il patto iniquo. In questo modo, la correzione giudiziale opererebbe solamente in quei limitati casi in cui essa costituisca l'unico rimedio per salvare il contratto dal totale travolgimento.

In considerazione di quanto esposto, si ritiene, dunque, che, poiché dietro la disciplina delle clausole vessatorie vi è l'esigenza di tutela del consumatore e, più ancora, del contratto, quale “*valore primario nell'ordinamento dei privati*”, deve ritenersi implicita in essa la predisposizione, a vari livelli, di strumenti di riequilibrio della posizione delle parti contraenti.

Di conseguenza, possono essere considerate ammissibili molteplici forme di intervento sul contratto funzionali a raggiungere quello scopo, comprese la sua integrazione o anche la sua correzione, in vista dell'affermazione, non certo della negazione, dell'autonomia contrattuale.

Tanto appare coerente, oltretutto, con la centralità, nell'ordinamento, della persona con le sue libertà, compresa la libertà economica, e quindi l'autonomia privata, di cui il contratto rappresenta la principale estrinsecazione⁴⁰⁹.

1.2. Il diverso ruolo della buona fede e dell'equità nell'operazione di interpolazione del contratto per mano del giudice.

Evidenziate le ragioni fondamentali per le quali si ritiene di non poter escludere, a priori, forme di correzione del contratto da parte del giudice, giova, ora, soffermarsi sul parametro che riteniamo debba essere utilizzato per individuare la regola integrativa da inserire nel regolamento lacunoso.

Come si è osservato in precedenza, la dottrina e la giurisprudenza hanno invocato, in proposito, tanto la clausola generale di buona fede, quanto l'equità, finendo spesso, addirittura, per confondere i due concetti⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ Sul punto, si richiamano le illuminanti considerazioni di G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 1, p. 17 ss., secondo il quale, è il contratto, inteso come mezzo di scambio negoziato, più che il consumatore in sé, a costituire il valore primario dell'ordinamento. Attraverso la disciplina delle clausole vessatorie, dunque, si tutela il contratto per consentire al mercato di funzionare. La ragione di ciò sta nella considerazione che il contratto rappresenta “l'esplicazione storicamente più importante” dell'autonomia privata, la quale, a sua volta, costituisce espressione della libertà anche economica, quale bene fondamentale costituzionalmente garantito. Secondo l'Autore, occorre, allora, passare “dalla c.d. tutela del consumatore alla tutela del contratto”, nel senso che si deve trascorrere “dal soggetto all'intersoggettività”.

⁴¹⁰ A questo proposito, si richiama una recente sentenza di merito (Trib. Treviso, 18 ottobre 2018, in www.ilcaso.it), che dispone la riduzione del compenso pattuito tra un avvocato e un cliente, ritenendolo manifestamente eccessivo. La sentenza richiamata è particolarmente interessante, inserendosi in quella

Nell'impostare questa indagine è opportuno stabilire chiaramente che se – come si vedrà – si ritiene di ispirare la costruzione di un apparato rimediale integrativo-correttivo ai criteri di cui all'art. 1374 c.c., si potrà concludere che la regola di matrice giudiziale possa essere fondata sull'equità, piuttosto che sulla buona fede.

La definizione del concetto di equità⁴¹¹ è questione complessa, legata, in larga parte, al problema della sua distinzione dalla clausola generale di buona fede e correttezza⁴¹².

Secondo una dottrina, oggi minoritaria, le due nozioni sono difficilmente scindibili tra loro,

tendenza giurisprudenziale a riconoscere poteri correttivi da parte del giudice. Ivi vengono richiamati i concetti sia di buona fede, sia di equità, benché la distinzione operata tra gli stessi presenti un carattere prettamente classificatorio, più che operativo. La pronuncia costituisce, dunque, un esempio plastico della difficoltà degli interpreti di individuare l'esatto *discrimen* tra le due nozioni, in considerazione del fatto che, molto spesso, esse si intreccino tra loro.

⁴¹¹ Sulle origini storiche del concetto, si veda la famosa interpretazione di ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, (V, 1136°-1138°) e *Retorica* (I, 1374 a-b), secondo il quale, l'ontologica insufficienza della legge rende necessario l'intervento dell'equità, quale strumento volto a «integrare la legge là dove essa è insufficiente a causa del suo esprimersi in termini generali» e astratti, operando così come “correzione” e “supplemento del giusto legale”. Per una evoluzione storica del concetto di equità dall'epoca romana a oggi si vedano: G. BROGGINI, *Aspetti storici e comparatistici*, in *L'equità*, Milano, 1975; V. VARANO, *Equità I*, *Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, p. 1 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, 2^a ed., Palermo, 1994, p. 26 ss.; O. BUCCI, *Il principio di equità nella storia del diritto*, Napoli, 2000. Sulla nozione generale di “equità”, si vedano: S. ROMANO, *Equità* (dir. priv.), in *Enc. del dir.*, XV, Milano, 1966, p. 92 ss.; A. DE CUPIS, *Giudice, equità e diritto privato*, in *Giust. civ.*, 1984, II, p. 377 ss.; E. GRASSO, voce *Equità* (giudizio), in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VII, Torino, 1991, p. 471 ss.; E. GABRIELLI, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 479 ss.; F. GALGANO, sub art. 1374, in *Comm. al cod. civ. Scialoja e Branca, Degli effetti del contratto*, Bologna, 1993, p. 82; ID., *Dialogo sull'equità (fra il filosofo del diritto e il giurista positivo)*, in *Contr. e impr.*, 1996, p. 461 ss.; G. ALPA, *L'equità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, p. 231 ss.; G. TUCCI, *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 469 ss.; M. FRANZONI, sub art. 1374, cit., p. 111 ss.; ID., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 83 ss.; ss.; F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 537 ss.; F. CRISCUOLO, *Principio di proporzionalità, riduzione ad equità della penale e disciplina della multa penitenziaria*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 387 ss.; S. MONTICELLI, *Considerazioni sui poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 215 ss..

⁴¹² Il dibattito sul rapporto tra queste due fonti giudiziali trova origine nella scelta del legislatore del 1942 di separare le due norme in esame, che trovavano, invece, considerazione, nel codice previgente, all'interno del medesimo articolo, l'art. 1124 c.c. ab. Quest'ultimo prevedeva sia l'esecuzione secondo buona fede, sia l'integrazione del contratto secondo quanto deriva dall'equità, dagli usi e dalla legge. Per una attenta analisi dei ricostruzioni dei rapporti tra buona fede ed equità si rinvia a: F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 277 ss., secondo il quale, i due principi avrebbero la stessa area di incidenza, non ritenendo possibile ricollegare alla differenza terminologica una parallela differenza concettuale. I due concetti, difatti, farebbero «capo ad un unico criterio di valutazione che ha come oggetto il comportamento di tutti i soggetti interessati dal rapporto obbligatorio, qualunque, poi, sia in concreto la parte di tale rapporto». In senso critico, si veda, invece, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., p. 176, il quale ritiene che la correttezza riguardi unicamente la costruzione della norma contrattuale. È, però evidente, anche alla luce della elaborazione giurisprudenziale, che l'equità trova scarsa applicazione pratica, diversamente dalla buona fede, che ha conosciuto un enorme successo applicativo. Tradizionalmente, infatti, l'equità è stata percepita, per lungo tempo, come un concetto non assimilabile a nozioni strettamente giuridiche, tanto da essere equiparata alla pietà e alla sensibilità del giudice o, comunque, a un valore extragiuridico. Questa idea ha trovato fecondo sviluppo anche a causa della frammentarietà e scarsa sistematicità con cui il codice disciplina le ipotesi di applicazione giudiziale dell'equità. Tutto il contrario, invece, della buona fede, che trova ampia regolamentazione all'interno del codice, quale principio dominante della disciplina contrattuale, dalla fase delle trattative fino alla fase dell'esecuzione del contratto. Questi fattori sono all'origine della forza espansiva con cui la clausola generale di buona fede ha operato negli ultimi anni, erodendo, progressivamente, anche lo spazio assegnato dalla legge all'equità. Per una ricostruzione dei passaggi storici dell'evoluzione dei rapporti tra buona fede ed equità si rinvia anche, più di recente, a M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 124 ss..

essendo entrambe da ricomprendere all'interno del più ampio genere delle c.d. “regole di opinione”⁴¹³. Benché questa impostazione sia piuttosto risalente, non manca, tutt'oggi, chi sostiene che, sull'assunta corrispondenza ai concetti di “equilibrio contrattuale” e di “giusta proporzione delle prestazioni”, l'equità finirebbe per coincidere con il criterio alla stregua del quale verificare il corretto esercizio della libertà contrattuale.

In quest'ottica, allora, la nozione di equità non apparirebbe così distante da quella di buona fede oggettiva, secondo l'impostazione tradizionale, in quanto entrambe espressive di una idea di giustizia commutativa⁴¹⁴.

Per tale via, i due concetti in esame hanno finito sostanzialmente per sovrapporsi.

Altra parte della dottrina, in via maggioritaria, tende, più condivisibilmente, a distinguere queste figure, assegnando loro funzioni diverse⁴¹⁵.

La buona fede costituirebbe una clausola generale, suscettibile di trovare applicazione generalizzata, nonché una fonte di diritti e di obblighi per le parti. L'equità, invece, rappresenterebbe un criterio giudiziale di soluzione delle controversie, con il quale un terzo partecipa alla costruzione del regolamento contrattuale; da quest'ultima, pertanto, non deriverebbe alcun diritto o obbligo per le parti, ma essa delimiterebbe l'ambito e il contenuto delle posizioni soggettive già esistenti, in funzione del loro riequilibrio, attribuendo rilevanza a talune circostanze del caso concreto.

In quest'ultima prospettiva, è evidente che mentre la buona fede consente una valutazione del comportamento delle parti ispirata al principio di solidarietà sociale⁴¹⁶, l'equità, al contrario, attribuisce al giudice un potere più ampio, che si traduce non nella mera valutazione di comportamenti, bensì nella possibilità di adattare il regolamento, alla luce di istanze di giustizia, tenendo conto delle circostanze del caso concreto⁴¹⁷.

⁴¹³ In questo ordine di idee: M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, cit., p. 548 ss.; V. ROPPO, *Contratto*, in *Dig. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 494 ss.; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 528 ss., i quali evidenziano la labilità del confine tra le due figure, in quanto entrambe presuppongono il compimento, da parte del giudice, di operazioni simili.

⁴¹⁴ Cfr. J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, I, Paris, 1777, p. 24 ss.; F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, cit., p. 537 ss.; M. MATTIONI, *Sul ruolo dell'equità come fonte del diritto dei contratti*, cit., p. 589 ss..

⁴¹⁵ In tal senso: S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 214 ss.; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 172 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 520 ss.; E. CAPOBIANCO, *L'integrazione*, cit., p. 402 ss..

⁴¹⁶ Con la dovuta precisazione che la stessa nozione di buona fede, come più volte sottolineato in precedenza, si è progressivamente evoluta da parametro valutativo di riferimento del comportamento delle parti a strumento anche di determinazione delle condotte, attraverso l'invocazione delle istanze solidaristiche di cui all'art. 2 Cost.. Il punto verrà ripreso più avanti, nell'inquadrare la buona fede tra gli strumenti di integrazione del contratto, secondo la logica del concorso ai sensi dell'art. 1374 c.c.. Si rinvia, tra gli altri, a: S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 11 ss.; G. VISENTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1977, p. 83 ss.; C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205 ss..

⁴¹⁷ Cfr. G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita not.*, 2002, 2, p. 628-629. Inoltre, secondo F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 292, la differenza tra il criterio equitativo e il principio di buona fede/correttezza si coglie sul piano operativo, differenziandosi i due criteri

Giova, comunque, precisare che l'illustrata ricostruzione della nozione di buona fede è funzionale a individuare un *discrimen* con il concetto di equità, ma non conduce a escludere che essa possa assolvere anche il ruolo di fonte di integrazione del contratto; in quanto clausola generale che si salda con il principio costituzionale di solidarietà, la buona fede è idonea a produrre regole di condotta a cui le parti devono attenersi. Anzi, proprio nell'ambito della disciplina delle contrattazioni asimmetriche la buona fede mostra la sua portata espansiva, assumendo il ruolo anche di limite generale all'esercizio dell'autonomia privata, e, quindi, di strumento di controllo della ragionevolezza e dell'equilibrio dello scambio.

Il tema verrà sviluppato nel prosieguo.

In questa sede, ci pare più opportuno evidenziare che, al di là della disputa risalente sulla portata delle due nozioni esame, sia maggiormente convincente la tesi di quanti desumono la irriducibilità dell'equità alla buona fede dall'analisi del dato normativo, in particolare dalla tecnica legislativa di redazione della norma che le contempla.

La buona fede di cui all'art. 1375 c.c. costituisce un esempio di clausola generale, cioè di norma che non consente la sussunzione di una fattispecie concreta in una fattispecie astratta, ma che, al contrario, impartisce «*al giudice una misura, una direttiva per la ricerca della norma di decisione*». La clausola generale di buona fede, dunque, rappresenta «*una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione preconstituito da una fattispecie normativa astratta*»⁴¹⁸.

L'equità, tutto al contrario, non può essere ascritta al novero delle clausole generali, in quanto la disposizione che la contempla non ha quella struttura. Piuttosto, l'art. 1374 c.c. attribuisce al giudice un potere discrezionale, quanto residuale rispetto alla legge, parametrato non su *standards* sociali, ma sulle circostanze del caso concreto, in coerenza con il suo carattere individualizzante.

Si arriva, per tale via, a distinguere l'equità dalla buona fede in funzione integrativa, poiché, sebbene anche quest'ultima costituisca un criterio di intervento del giudice, la sua struttura di clausola generale implica il riferimento a parametri oggettivi, benché suscettibili di variare, che il giudice contribuisce a elaborare, operando, però, al di là dei confini della singola fattispecie concreta⁴¹⁹.

di giudizio sotto il profilo della loro incidenza procedimentale e pratica. L'equità attiene al profilo regolamentare e obiettivo, mentre la correttezza riguarda il profilo attuativo e comportamentale. Ciò significa che «la prima si rivolge alla regola come tale, la seconda ai soggetti che tale regola hanno concorso, in maniera determinante, a porre in essere».

⁴¹⁸ Si richiamano gli studi di L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, cit., p. 10 ss.. Si veda anche E. SCODITTI, *Gli interventi del giudice e della legge sul regolamento contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 3, p. 577-579, secondo il quale, le clausole generali sono la valvola mediante la quale il giudice, anziché impiegare la tecnica della sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta, procede alla ponderazione e al bilanciamento di istanze diverse.

⁴¹⁹ Cfr. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 246.

Come è stato autorevolmente osservato, l'equità, invece, «non può essere compresa tra le clausole generali proprio perché essa non si risolve nella individuazione di un parametro, sia pure elastico, ma unicamente in un ampliamento dei poteri del giudice in ordine all'apprezzamento di circostanze altrimenti irrilevanti»⁴²⁰. Per questo motivo, si sostiene che l'equità, quale tecnica di integrazione del contratto, si muova, pur sempre, nella logica dell'atto di autonomia, rimanendo ancorata alle circostanze della fattispecie concreta in funzione riequilibrativa.

In questa prospettiva, nonostante l'equità si muova nell'ambito di una funzione meramente riequilibrativa di quanto pattuito dalle parti, «non può tuttavia escludersi l'incidenza integrativa dell'equità al livello del contenuto negoziale, mediante taluni aggiustamenti in sede di regolamento e la previsione addirittura di specifiche prestazioni»⁴²¹.

In questa osservazione si coglie, così, la differenza tra l'equità in funzione propriamente integrativa e la valutazione equitativa che la legge può demandare al giudice per supplire lacune probatorie in sede di giudizio.

Come è noto, infatti, la nozione di equità è contemplata dal codice civile in vari contesti e con significati diversi⁴²².

In primo luogo, l'art. 1371 c.c. prevede la figura dell'equità in funzione interpretativa, affidando al giudice il compito di interpretare il contratto, nei casi di difficile decriptazione del suo significato, operando un equo contemperamento degli interessi delle parti. In questo frangente, l'equità viene in considerazione come regola di interpretazione, sia pure del tutto residuale rispetto a tutte le altre contemplate dalla legge. Ma, anche in questo caso, la cifra caratteristica dell'equità è proprio la sua aderenza alla logica dell'operazione economica posta in essere dalle parti, in quanto è alla luce di questa che il giudice deve chiarire il significato del contratto.

L'idea del bilanciamento tra prestazioni è evidente, in secondo luogo, anche nelle disposizioni che contemplano l'equità in funzione correttiva, come la riduzione della penale ex art. 1384 c.c.: il giudice può ridurre equitativamente la somma pattuita dalle parti avuto riguardo all'interesse del creditore. Considerazioni analoghe valgono per le altre ipotesi di equità correttiva, e cioè nei casi di mancata determinazione del corrispettivo nell'appalto (art. 1664 c.c.), nella commissione (artt. 1733 e 1736 c.c.), nell'agenzia (artt. 1749 e 1751 c.c.), nella mediazione (art. 1755 c.c.) e nel lavoro (artt. 2109-2111, 2118, 2120 c.c.).

In terzo luogo, può venire in gioco una equità in funzione di quantificazione dell'ammontare del danno, quando essa è richiamata in sede di determinazione del

⁴²⁰ Ancora S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 246.

⁴²¹ Così E. SCODITTI, *Gli interventi del giudice e della legge sul regolamento contrattuale*, cit., p. 579.

⁴²² Cfr. G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, cit., p. 624-625.

risarcimento o anche di indennità. In via generale, essa è contemplata dall'art. 1226 c.c. per la responsabilità contrattuale e dall'art. 2056 c.c. per la responsabilità extracontrattuale.

Infine, viene in considerazione l'equità integrativa di cui all'art. 1374 c.c.. In questo caso, al giudice è demandato il compito di colmare una lacuna contrattuale nel rispetto della logica della singola operazione economica e delle relative circostanze, ispirandosi, alternativamente, ai criteri di mercato o ai principi e ai valori fondanti dell'ordinamento.

Si ricorda, in ultimo, che il concetto di equità viene richiamato anche e soprattutto nell'ambito della disciplina del processo civile. In particolare, l'art. 114 c.p.c., rubricato “Pronuncia secondo equità a richiesta di parte”, contempla espressamente la possibilità che il giudice possa «*decidere il merito della causa secondo equità quando esso riguarda diritti indisponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta*».

Dalla lettura di tutte le disposizioni citate è possibile cogliere un dato comune, pur essendo riferite a contesti diversi: l'equità viene sempre in considerazione in stretto rapporto con l'attività giudiziaria. Difatti, essa può essere impiegata dal giudice per interpretare un contratto; o per stabilire l'importo del risarcimento del danno; o per integrare il contratto; o per decidere una lite, quando vi sia espressa domanda di parte. Ne consegue che sul giudice grava l'obbligo di motivare la decisione tanto sui motivi del ricorso all'equità, quanto sulla regola seguita per applicarla.

Questo significa, allora, che – come evidenziato da autorevole dottrina – il termine equità viene utilizzato dal legislatore come sinonimo del concetto di “giudizio di equità”, secondo le regole del codice di procedura civile, con ciò intendendo «*richiamare l'attenzione su una serie di aspetti della funzione equitativa che solo un giudizio d'equità può assolvere*»⁴²³.

Nell'impossibilità di analizzare in dettaglio i poteri attribuiti al giudice nei diversi contesti in cui il codice civile consente il ricorso all'equità, la presente indagine si concentra, evidentemente, sulla sua funzione integrativa⁴²⁴.

⁴²³ Cfr. F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 129 ss., il quale osserva che l'utilizzazione, all'interno del codice civile, del termine “equità”, in luogo dell'espressione “giudizio di equità”, abbia spostato i termini del problema, inducendo a ritenere che esista una entità equitativa obiettiva. Da qui è derivata la dibattuta, quanto vana, questione della definizione della nozione di equità. Spostando, invece, l'attenzione sui risultati a cui tende il legislatore, si rileva che l'utilizzazione del termine “equità” ha sostituito l'espressione “giudizio di equità”, propria del codice di procedura civile. Ma la sostanza del concetto di equità impiegato dal codice civile presenta una serie di elementi che impongono di riconoscere un collegamento diretto alla persona del giudice e, quindi, un giudizio di equità. D'altra parte, la stessa valutazione delle circostanze del caso concreto, implicata dal richiamo all'equità, costituisce uno dei termini del giudizio di equità.

⁴²⁴ Secondo F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 126 ss., il vero giudizio di equità è quello che viene in considerazione negli artt. 1371 (c.d. equità interpretativa) e 1374 (c.d. equità integrativa) c.c., in cui l'equità è riferita al complesso del regolamento contrattuale, che viene ad essere completato dal giudice; il quale «non deve limitare la sua azione ad un certo aspetto del regolamento contrattuale (quasi sempre il momento economico), ma può indagare fino a ristrutturare la stessa conformazione dell'assetto privato». Nel contempo, l'Autore sottolinea che il legame ravvisato tra giudizio di equità e operazione economica privata dà la stura al problema di come si atteggi il rapporto tra attività giudiziale e autonomia privata nell'ambito dell'applicazione legge, che, come si è più volte evidenziato, costituisce anche il *fil rouge* della presente indagine.

Il giudizio di equità *ex art. 1374 c.c.* introduce nel regolamento contrattuale un profilo eteronomo, idoneo a tutelare l'interesse pattizio e, nel contempo, a ricercare soluzioni che possano prescindere, pur rimanendo nei confini dell'ordinamento giuridico. Difatti, il rischio di possibili arbitrii da parte del giudice può essere scongiurato proprio dalla circostanza che il giudizio di equità si deve muovere tanto entro la cornice dell'assetto di interessi diviso dalle parti, quanto nel rispetto delle norme e dei principi costituzionali.

In considerazione di ciò, si può ritenere che «*l'attribuzione al giudice di un simile potere è ammissibile nei limiti in cui il suo esercizio non conduca a modificare l'assetto pattizio nella sua più intima struttura che è espressione dell'interesse privato*»⁴²⁵.

Tanto premesso, restano, tuttavia, ancora numerose le questioni interpretative connesse all'impiego dell'equità. Prima tra tutte, la possibilità di distinguere tra equità integrativa ed equità cogente, ossia la possibilità di ipotizzare un tipo di intervento giudiziale variabile, a seconda del compito assegnato all'equità.

In termini del tutto generali, l'equità integrativa fornirebbe al giudice un criterio di giudizio unicamente integrativo della volontà privata. Fatto salvo il contenuto minimo del contratto, rimesso, in via esclusiva, alla determinazione privata, ben sarebbe possibile riconoscere al giudice il potere di specificare e dettagliare quell'assetto fondamentale, purché l'operazione economica dei privati non risulti modificata nella sua sostanza⁴²⁶.

L'equità potrebbe venire in considerazione non solo in via suppletiva, ma anche in via cogente. In tal caso, al contrario di quanto visto finora, essa fungerebbe da strumento di giudizio sul modo di estrinsecarsi dell'autonomia privata, cioè non si limiterebbe a colmare un vuoto di regolamentazione, ma consentirebbe anche di intervenire contro la regolamentazione pattizia.

È evidente che mentre l'equità integrativa non incontra particolari ostacoli od obiezioni,

⁴²⁵ Ancora F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 399.

⁴²⁶ Tanto è vero che, secondo una risalente impostazione, l'equità integrativa opererebbe, soprattutto, in presenza di contratti atipici, al fine di consentire l'individuazione della disciplina applicabile, in mancanza di uno schema legale di riferimento. In tal modo, al giudice spetterebbe il compito di precisare la disciplina da attuare, in base all'assetto di interessi diviso dai privati. Il tema è stato studiato da: S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., p. 244-245; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 323-332 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, cit., p. 1167 ss.. Questa impostazione non ci pare, tuttavia, cogliere nel segno, in quanto muove da una interpretazione riduttiva dell'art. 1374 c.c., sull'assunto che le tre fonti integrative ivi previste non possano mai operare congiuntamente, ma realizzino ciascuna la medesima funzione in ipotesi differenti. Con la conseguenza, così ragionando, che l'equità finirebbe per vedere circoscritto il proprio ambito di operatività ai soli contratti atipici. In realtà, come si dimostrerà nel prosieguo del lavoro, non ci pare che l'art. 1374 c.c. prospetti un sistema di strumenti integrativi in rapporto di esclusione reciproca, a seconda della fattispecie contrattuale da integrare. Tutto al contrario, riteniamo che le tre fonti operino in un concorso graduato tra le stesse non in base alle diverse ipotesi di regolamento, ma in base alla sussistenza o meno di un riferimento normativo. Conseguentemente, non ci pare corretto invocare l'equità solo in presenza di contratti atipici, poiché, in realtà, tutti i criteri di cui all'art. 1374 c.c. possono concorrere, astrattamente, alla costruzione del regolamento contrattuale. Questo significa, ulteriormente, che anche l'equità può partecipare alla integrazione di contratti tipizzati, sia pure limitatamente a quei casi in cui non possa operare una fonte di integrazione legale. In questo senso si veda, in particolare, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., p. 244-246.

maggiormente delicato è, invece, il discorso se l'equità mira a realizzare un intervento cogente nel contratto.

In particolare, il problema si è posto in dottrina nel riflettere sulla possibilità che l'equità legittimi il giudice a dichiarare l'invalidità di una pattuizione iniqua, concependo l'art. 1374 c.c. come norma posta a presidio di interessi generali, trattandosi di norma imperativa⁴²⁷. Difatti, coloro che ragionano in questi termini osservano che la nullità della pattuizione privata discenderebbe non tanto dal contrasto diretto con l'equità, quanto, piuttosto, dalla violazione dell'art. 1374 c.c. quale norma imperativa.

Quest'ultima posizione, tuttavia, resta minoritaria, anche perché fragili sono le stesse basi su cui si fonda, essendo estremamente discussa, in dottrina, la natura dell'art. 1374 c.c., dai più considerata una norma di tipo dispositivo, non imperativo. Talché, dalla sua violazione non sarebbe dato desumere l'invalidità di una clausola contrattuale, ma anzi i privati potrebbero escludere la sua operatività con una apposita manifestazione di volontà⁴²⁸.

È evidente che, a seconda di come si risolve il problema della natura della norma, varia anche il raggio di azione dell'art. 1374 c.c.⁴²⁹. La qualificazione come norma dispositiva comporta, indubbiamente, una limitazione della sua operatività alla sola funzione di colmare le lacune del regolamento. Al contrario, prospettandola come norma imperativa, essa

⁴²⁷ In questo ordine di idee, F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 328 ss., secondo il quale, se l'equità consente di modellare il contenuto della regola pattizia secondo determinati parametri, «non si vede perché uno di questi interventi non potrebbe essere diretto ad eliminare dalla regola privata, mediante la comminazione dell'invalidità, quella parte di essa che non potrebbe continuare a sussistere senza determinare l'iniquità del regolamento contrattuale». Quanto al tipo di sanzione comminata, l'Autore ritiene di essere in presenza di una ipotesi di nullità, stante il carattere imperativo dell'art. 1374 c.c., i fini che l'intervento equitativo intende raggiungere e gli interessi ad esso sottesi. Da qui discenderebbe la distinzione tra l'illiceità, che deriva dalla violazione di regole predeterminate, e l'iniquità, che dipende dal modo in cui il regolamento contrattuale, pur astrattamente lecito, viene costruito, in concreto, come rapporto. In senso contrario si vedano: G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 406 ss.; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., p. 175-176, i quali escludono – come lo stesso Gazzoni rileva – che la valutazione secondo correttezza, e quindi, *mutatis mutandis*, anche quella secondo equità, possa essere ricondotta nel concetto di valutazione di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c. al fine di fondare un giudizio di invalidità.

⁴²⁸ Questa tesi è piuttosto risalente in dottrina e riflette l'idea che spetti solo ai privati la costruzione dell'ordinamento giuridico, demandando all'ordinamento statale il mero compito di porre limiti negativi ed esterni all'operare di quelli. Cfr. F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VI, Torino, 1907, p. 65 ss.; G. ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, in *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, vol. IV, Padova, 1950, p. 187 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 174 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., p. 271 ss.; M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, cit., p. 539 ss. Di avviso contrario: S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione*, cit., p. 101-102; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 229 ss.. Secondo quest'ultimo Autore, in particolare, se si qualificasse l'art. 1374 c.c. come norma meramente dispositiva, si finirebbe per negare qualsiasi rilevanza al ruolo dell'integrazione delle norme inderogabili, dando luogo a «una inammissibile scissione, nell'ambito dell'art. 1374 c.c., tra richiamo alle norme suppletive e dispositive, da un lato, e norme cogenti, dall'altro».

⁴²⁹ Non a caso, la dottrina maggioritaria suggerisce una posizione intermedia tra i due estremi, concependo l'art. 1374 c.c. come norma suppletiva, benché questa tesi non appaia oggi condivisibile in quanto espressione della teoria della fattispecie, oramai in via di superamento. Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 159 ss.; F. MESSINEO, *Dottrine generali del contratto*, 3^a ed., Milano, 1952, p. 364 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1954, p. 226 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 174 ss.; P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 163 ss.; G. OPPO, *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, cit., p. 80 ss.; F. GALGANO, *sub art. 1374*, cit., p. 66 ss..

consentirebbe di completare il contratto anche in assenza di una contraria volontà privata.

Più probabilmente, però, ci sembra che la disposizione in esame, pur non potendo essere considerata imperativa, rappresenti, comunque, una disciplina inderogabile, che le parti non possono disapplicare liberamente.

Certo è che la soluzione di questo nodo interpretativo, ancora una volta, sta tutta nel modo di concepire i rapporti tra autonomia privata e ordinamento giuridico. Chiaramente, qualificando l'art. 1374 c.c. come norma dispositiva, si finirebbe per accedere ad una svalutazione del ruolo dell'eterointegrazione del contratto e, quindi, ai fini del presente discorso, anche dell'equità.

Ciò che, invece, è oramai assodato, in dottrina, è che l'art. 1374 c.c., nel suo riferirsi alla legge, agli usi e all'equità, abbia un valore di norma meramente ricognitiva e riassuntiva di più puntuali previsioni.

L'equità, pertanto, non avrebbe rilievo autonomo, cioè non potrebbe essere considerata come una fonte autonoma di integrazione del contratto, in quanto l'intervento riequilibratore da parte del giudice è consentito solo nei casi in cui il legislatore l'abbia previsto come necessario. Tanto al fine di evitare che la parte economica del contratto finisca per essere rimessa interamente alla determinazione giudiziale⁴³⁰.

L'equità di cui all'art. 1374 c.c. vale, allora, come criterio di sintesi nei casi in cui le singole norme applicative la indichino come parametro che il giudice deve seguire per risolvere il conflitto nella fattispecie concreta. Ne consegue che *«l'equità non può correggere l'iniquità di un regolamento predeterminato dalle parti, se non nei casi in cui lo preveda una norma da collegare all'art. 1374 c.c.»*⁴³¹.

Fermo restando questo assunto, vi è chi si spinge oltre, per precisare che l'equità può operare anche come norma in bianco, la quale si attiva in presenza di altre norme che richiedano l'intervento del giudice, senza però indicare, esplicitamente, il criterio al quale debba ispirarsi l'esercizio del suo potere.

Ciò è quanto accade, per esempio, nella disciplina del rapporto di lavoro subordinato, quando l'art. 2099 c.c. prescrive che, in mancanza di accordo tra le parti, la retribuzione del prestatore di lavoro venga determinata dal giudice⁴³². Lo stesso discorso varrebbe per disposizioni come l'art. 1657 c.c. in materia di appalto, che affida al giudice la determinazione della misura del corrispettivo ove non sia stabilita dalle parti; analogamente, l'art. 1709 c.c. in

⁴³⁰ Cfr. M. FRANZONI, sub *art. 1374*, cit., p. 136 ss..

⁴³¹ Così, ancora, M. FRANZONI, sub *art. 1374*, cit., p. 136 ss., secondo il quale, quello scopo «si può raggiungere solo con l'impiego della buona fede»; la quale finisce, così, per occupare uno spazio che avrebbe potuto essere dell'equità. L'Autore precisa, infatti, che «la repressione di un abuso con la buona fede è il presupposto logico e giuridico per riequilibrare con l'equità, senza fare della buona fede lo strumento di un giudizio equitativo».

⁴³² Cfr. ancora M. FRANZONI, sub *art. 1374*, cit., p. 136-137.

materia di mandato e l'art. 2225 c.c. sul lavoro autonomo, con speculare formulazione, prevedono che, in mancanza della previsione pattizia del corrispettivo e ove questo non sia determinabile in base alle tariffe professionali o agli usi, spetti al giudice fissarlo.

In tutte le fattispecie richiamate, dunque, è il giudice a dover colmare la carenza necessaria a garantire la conservazione del regolamento contrattuale. Certamente, si tratta di una soluzione residuale, dovendo essere privilegiati la determinazione pattizia, *in primis*, e il ricorso agli usi, *in secundis*; ma lo schema legislativo di quelle disposizioni ricalca, perfettamente, quello generale dell'art. 1374 c.c.; sicché non ci parrebbe ardito ipotizzare che l'intervento di *extrema ratio* del giudice possa essere improntato a quel criterio di equità che lo stesso art. 1374 c.c. contempla, in via residuale, benché le singole disposizioni non lo richiamino esplicitamente.

Secondo una certa impostazione, addirittura, l'equità non perderebbe la sua valenza di criterio di sintesi neanche nei casi in cui venga invocata per integrare un criterio legalmente previsto, pur senza essere esplicitamente richiamata. È il caso dell'art. 1349 c.c. in tema di determinazione dell'oggetto del contratto. In questo frangente, la determinazione della prestazione è rimessa al giudice perché il terzo a cui è stata deferita non l'ha fatta oppure perché quella del terzo risulta manifestamente iniqua o erronea. La disposizione precisa, altresì, che quando tale determinazione è rimessa a un soggetto diverso dalle parti o al giudice, occorre «*tenere conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento*».

È stato, dunque, ritenuto, anche in giurisprudenza, che, ai fini della individuazione della prestazione, il giudice ben possa avvalersi dell'equità, pur non contenendo la disposizione un esplicito riferimento a tale criterio⁴³³.

Così ragionando, l'equità sembrerebbe offrire, secondo la logica rigorosamente gerarchica dell'art. 1374 c.c., il criterio idoneo, in via del tutto sussidiaria e subordinata, a completare anche le lacune prodotte dalla sentenza di nullità di una singola clausola, quando questa risulti l'unica soluzione concretamente percorribile per garantire la sopravvivenza del regolamento, a tutela della parte debole. A questo risultato si potrebbe pervenire sia in presenza di un esplicito richiamo normativo all'equità, sia nei casi in cui la legge preveda l'intervento del giudice senza specificare il criterio alla stregua del quale determinare il profilo di disciplina non regolamentato.

Questa conclusione, tuttavia, richiama l'interprete a un impiego particolarmente cauto e dosato del criterio in esame, nel delicato, quanto essenziale, bilanciamento tra le istanze

⁴³³ Cfr. Cass., 5 agosto 1983, n. 5272, in *Mass. Foro it.*, 1983; Trib. Roma, 10 aprile 1995, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 460, con nota di A. CRISCUOLO, *Determinazione per relationem del prezzo di una somministrazione e intervento sostitutivo del giudice in sede cautelare*.

sottese al principio di autonomia privata e le esigenze connesse al principio di effettività delle tutele.

Tanto è vero che aver individuato un criterio residuale alla stregua del quale garantire l'integrazione della lacuna non risolve tutti i problemi. In particolare, ci pare che non esima lo studioso dal chiedersi quali sono i limiti entro i quali quel criterio opera. Sicché resta da indagare se sussistano dei casi in cui neanche l'integrazione mediante equità sia in grado di consentire una soddisfacente conservazione del contratto privato di una clausola abusiva.

Tale considerazione conduce, allora, a interrogarsi – e il punto merita di essere successivamente approfondito – se, talvolta, la caducazione totale del contratto sia la soluzione inevitabile, laddove non possa operare neanche del criterio equitativo.

1.3 (segue) L'equità nel codice del consumo: un diritto fondamentale del consumatore.

Una volta illustrati il diverso ruolo di buona fede ed equità, nonché le principali questioni interpretativo-applicative poste dall'art. 1374 c.c. con riferimento a quest'ultima, giova ora tornare a porre l'attenzione sul ruolo che potrebbe svolgere l'equità nella disciplina delle clausole abusive, quale criterio di integrazione del contratto affetto da nullità parziale necessaria.

Se la norma sull'equità va intesa come norma con valenza ricognitiva di altre previsioni legislative più puntuali, si tratta di stabilire come si attegga il rapporto tra le stesse e, prima ancora, se è dato ravvisare riferimenti, espliciti o impliciti, a tale parametro nella disciplina consumeristica.

Di per sé, infatti, la previsione codicistica, da sola considerata, non appare sufficiente a regolare il tema dell'impiego dell'equità in questa particolare materia. Si tratta di verificare se sussistono disposizioni extracodicistiche che possano offrire un collegamento con il tema dell'integrazione equitativa del contratto.

All'interno del codice del consumo si può ravvisare un esplicito richiamo alla nozione di equità sin dall'apertura dello stesso. L'art. 2, comma 2, lett. e), cod. cons., rubricato, significativamente, “*Diritti dei consumatori*”, riconosce ai consumatori e agli utenti una serie di “diritti fondamentali”, tra cui quelli «*alla correttezza, alla trasparenza, ed all'equità nei rapporti contrattuali*»⁴³⁴.

⁴³⁴ In tal modo, il codice riproduce quasi fedelmente la disposizione di cui all'art. 1 della legge 30 luglio 1998, n. 281, il c.d. *Bill of rights* dei consumatori, da esso poi abrogata, con un'unica differenza, più formale, che

Giova concentrare l'attenzione sulla disposizione citata e, in particolare, sul riferimento all'equità in essa contenuto.

L'art. 2 cod. cons., anche per la sua collocazione sistematica all'interno del titolo I del Codice, recante le disposizioni generali, mira a enunciare un principio generale nella normativa consumeristica, attraverso la individuazione degli strumenti con cui assicurare un contratto (tendenzialmente) giusto a tutela del contraente debole.

L'asimmetria negoziale che connota strutturalmente il rapporto tra consumatore e professionista può essere superata imponendo a quest'ultimo una serie di doveri c.d. di protezione, e cioè obbligandolo a comportarsi correttamente e a predisporre un regolamento contrattuale trasparente ed equo, sì da garantire una tutela sostanziale a favore del primo. A questi farebbero da contraltare altrettanti diritti riferibili al consumatore.

Come è stato autorevolmente evidenziato, tale disposizione appare del tutto coerente con quell'orientamento dottrinale e giurisprudenziale che individua nella buona fede e nell'equità gli strumenti più idonei ad attuare il principio costituzionale di solidarietà sociale e, quindi, a realizzare la c.d. giustizia contrattuale⁴³⁵.

Anche in questo contesto, l'equità – a nostro avviso - va tenuta distinta dalla correttezza-buona fede. Ci pare importante segnalare, infatti, come l'art. 2, comma 2, lett. e), cond. cons. prospetti due situazioni soggettive, il diritto alla correttezza e il diritto all'equità, ben distinte tra loro.

sostanziale. È stato eliminato l'inciso con cui si circoscrivevano quei diritti dei consumatori ai soli rapporti contrattuali concernenti i beni e i servizi. Di conseguenza, l'ambito di applicazione della norma attuale sembra più ampio, in quanto pare riferirsi a qualunque rapporto negoziale tra professionista e consumatore, a prescindere dal suo oggetto. Ma l'origine storica della disposizione è ancora più risalente, richiamando la Risoluzione del Consiglio CEE sui diritti dei consumatori del 14 aprile 1975 (Programma preliminare della CEE per una politica di protezione d informazione del consumatore), che, a sua volta, trae ispirazione dalla Carta europea di protezione dei consumatori del 1973. Si discute, in dottrina, circa la valenza della disposizione in commento. Secondo alcuni, essa verrebbe in considerazione come norma che ha introdotto la possibilità di valutare la congruità dello scambio nei contratti dei consumatori, ravvisando una somiglianza con la disciplina dell'abuso di dipendenza economica in materia di subfornitura (cfr. G. DE NOVA, *I contratti dei consumatori e la legge sulle associazioni*, in *Contr.*, 6, 1998, p. 545 ss.; E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, 2003, p. 52 ss.). Secondo altri, invece, essa avrebbe carattere meramente programmatico, di enunciazione di principio (cfr. R. CAMERO – S. DELLA VALLE, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, Milano, 1999, p. 94 ss.). Più convincente appare, l'opinione di quella parte della dottrina, secondo la quale la disposizione in esame rilevrebbe come norma a carattere propriamente innovativo, avendo introdotto una nuova posizione soggettiva riferibile al consumatore (cfr. F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 3, p. 649; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 225-226; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., p. 28 ss.).

⁴³⁵ Per un commento sulla disposizione si rinvia a: G. ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 999 ss.; R. COLANGRANDE, *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, p. 700 ss.; R. CAMERO – S. DELLA VALLE, *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, cit.; S. BENUCCI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., p. 113 ss.; F. CAMILLETTI, *L'art. 2 del Codice del consumo e i diritti fondamentali del consumatore nei rapporti contrattuali*, in *Contr.*, 2007, 10, p. 907 ss., e in particolare p. 209; A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017, p. 57-66. In giurisprudenza cfr.: Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 852 ss.; Cass., 5 novembre 1999, n. 12310, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, 1, p. 59 ss.; Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 2929 ss.; Cass., 30 luglio 2004, n. 14605, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1566 ss.; Cass., 11 gennaio 2006, n. 264, in *Giust. civ. mass.*, 2006, p. 1 ss..

Il diritto del consumatore alla correttezza dei rapporti contrattuali richiama, implicitamente, il concetto di buona fede in senso oggettivo, cioè la sussistenza di un obbligo, in capo al professionista, di non abusare della propria posizione di forza per imporre al consumatore un contratto svantaggioso e iniquo.

Non a caso, l'art. 39 cod. cons. prescrive, esplicitamente, per il professionista, il dovere di buona fede, correttezza e lealtà, la cui violazione comporta una pretesa risarcitoria a favore del consumatore. La correttezza, cioè, viene in considerazione come parametro di comportamento al quale il professionista deve adeguarsi, limitando la sua autonomia negoziale, così da garantire la tutela dell'interesse più generale alla cooperazione sociale e all'ordinato svolgersi dei rapporti giuridici.

Se si ritiene di accogliere questa lettura del dato normativo, si noterà che, mentre la correttezza impone una regola di condotta per il professionista, ossia attiene al profilo soggettivo del contratto, l'equità, invece, pur essendo anch'essa riconducibile, in definitiva, al principio solidaristico, inerisce più al contenuto del contratto, non ai contraenti. Il diritto all'equità, infatti, consente di delimitare i diritti e gli obblighi oggetto della pattuizione, sì da evitare la stipulazione di un regolamento significativamente squilibrato⁴³⁶.

Tutto ciò è senz'altro vero. D'altra parte, è altrettanto vero che sia la correttezza, sia l'equità, essendo qualificati come diritti fondamentali del consumatore, vanno inquadrati entrambi, sotto il profilo del trattamento normativo, alla luce dell'art. 143 cod. cons.. Tale disposizione, collocata a chiusura del Codice tra le “*Disposizioni finali*”, consente di attribuire il carattere della irrinunciabilità ai diritti fondamentali del consumatore, nel senso che sono sottratti alla disponibilità di quest'ultimo.

Ne consegue, allora, che «*intesa come indisponibilità dell'interesse protetto, l'irrinunciabilità rappresenta l'indice ermeneutico della imperatività delle norme di protezione: ogni qual volta il codice del consumo riconosce una situazione giuridica soggettiva la cui tutela è sottratta alla disponibilità, anche collettiva, dei consumatori e degli utenti, l'interprete si trova di fronte ad una norma imperativa*»⁴³⁷.

⁴³⁶ Cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 520 ss., secondo il quale «la buona fede in senso oggettivo costituisce (...) un principio di giustizia superiore, e cioè il principio della solidarietà contrattuale, che trascende il regolamento negoziale imponendo a ciascuna parte di salvaguardare l'utilità dell'altra a prescindere da determinati obblighi contrattuali o extracontrattuali. L'equità delimita diritti e doveri delle parti. La buona fede, invece, non si ferma a questa delimitazione, ma richiede un impegno di solidarietà che va oltre, e che obbliga ciascuna parte a tener conto dell'interesse dell'altra parte pur se si tratta di un interesse che non trova specifica tutela nella pretesa contrattuale o in altri diritti. L'impiego della buona fede prevale dunque su quanto le parti hanno stabilito. E ciò si spiega in quanto essa esprime un fondamentale principio etico dell'ordinamento».

⁴³⁷ Così A. BARBA, *sub art. 143*, in AA.VV., *Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, coordinatore Barba-Barengi, Milano, 2006, p. 554 ss.; ID., *Consumo e sviluppo della persona*, cit., p. 57-65, il quale, ravvisando nel consumo «l'azione economica che consente di realizzare nel mercato «la libertà positiva dell'individuo di farsi persona», considera i diritti riconosciuti al consumatore come fondamentali quali «diritti sociali», ossia come le strutture normative destinate a realizzare condizioni di legalità pure necessarie

Dalla irrinunciabilità dei diritti in esame è, quindi, possibile desumere il carattere imperativo delle norme consumeristiche, in virtù della *ratio* protettiva delle stesse. Tanto è vero che lo stesso art. 143 cod. cons. sanziona con la nullità ogni pattuizione che contrasti con le disposizioni del Codice, a tutela sia dell'interesse particolare della parte debole del rapporto, sia dell'interesse generale alla regolamentazione del mercato.

Ciò chiarito, la dottrina si è a lungo interrogata sulla portata del diritto all'equità, per chiarire se questo miri a tutelare il consumatore contro squilibri soltanto normativi o anche economici tra le prestazioni.

A fronte di un orientamento minoritario, favorevole a ricollegare l'equità persino allo squilibrio economico del contratto, riferendosi la legge a un concetto del tutto generico di equità⁴³⁸, si contrappone la tesi maggioritaria sostenuta da coloro che limitano la stessa ai soli diritti e obblighi discendenti dal contratto⁴³⁹.

Quest'ultima impostazione sembra trovare un fondamento normativo nel collegamento tra l'art. 2, comma 2, lett. e) e l'art. 33, comma 1, cod. cons.. Poiché quest'ultima disposizione impone di considerare vessatorie le clausole che determinano, a carico del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, la sua lettura congiunta con l'enunciazione del diritto all'equità sembrerebbe limitare il giudizio di vessatorietà alle sole ipotesi di lesione dell'equità in senso normativo, non anche economico. In aggiunta, si osserva che anche l'art. 34, comma 2, cond. cons. sembra deporre in questo senso, laddove preclude la possibilità di estendere la valutazione di vessatorietà alla "adeguatezza del corrispettivo", tranne che al ricorrere delle circostanze eccezionali ivi previste.

Ci si potrebbe chiedere, a questo punto, - e la dottrina ha studiato il tema - quale sia la conseguenza giuridica della violazione del diritto all'equità (o alla correttezza), quale diritto fondamentale del consumatore.

Dalle considerazioni sopra svolte circa il combinato disposto degli artt. 2 e 143 cod. cons., si potrebbe ipotizzare la sanzione della nullità del contratto, per violazione di norma imperativa, in applicazione dei principi generali in tema di nullità negoziale. Questo rimedio, però, non appare del tutto persuasivo, poiché, richiamando le regole sulla invalidità

ad assicurare il primato della dignità umana (art. 2 Cost.)». Cfr. anche A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., p. 45 ss.; G. CHINÈ, *sub Art. 2*, in AA.VV., *Codice del consumo*, cit., p. 12 ss., il quale precisa che «la nullità testuale perde di effettività ove riferita ai diritti fondamentali, poiché al medesimo risultato interpretativo si sarebbe potuto pervenire argomentando dal precetto della irrinunciabilità. Si colora, viceversa, di effettività ove riferita anche ai diritti economici dei consumatori la cui rinuncia è possibile, ma nei soli limiti stabiliti nel Codice del consumo»; A. BARBA, *Consumo e sviluppo della persona*, cit., p. 147 ss..

⁴³⁸ In tal senso G. ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, cit., p. 999 ss..

⁴³⁹ Cfr. F. CAMILLETTI, *L'art. 2 del Codice del consumo e i diritti fondamentali del consumatore nei rapporti contrattuali*, cit., p. 915.

codicistica, rischia di frustrare la *ratio* protettiva sottesa alla disciplina consumeristica, potendo comportare la caducazione totale del contratto.

Per questo motivo, una parte della dottrina suggerisce di fondare il rimedio della nullità sulla lettura congiunta degli artt. 2 e 36 cod. cons., nel senso di sanzionare la sola clausola redatta in violazione dei diritti fondamentali con la tecnica della nullità di protezione; ciò a condizione che il giudice accerti la vessatorietà di quella pattuizione, in quanto determina un significativo squilibrio contrattuale in danno del consumatore⁴⁴⁰.

In dottrina, tuttavia, vi è chi suggerisce una tutela su due binari, ritenendo che lo strumento della nullità di protezione abbia un'operatività circoscritta ai soli casi in cui la lesione del diritto fondamentale genera un significativo squilibrio *ex art. 33 cod. cons.*. Al di fuori di queste ipotesi, non potendosi lasciare il consumatore privo di tutela, si ipotizza, in via alternativa, la possibilità di invocare il rimedio risarcitorio. In sostanza, quando la violazione della norma imperativa riguarda il comportamento tenuto dal professionista, anziché un elemento oggettivo del contratto, allora, scatterebbe una responsabilità precontrattuale per violazione dei doveri di protezione su quello gravanti⁴⁴¹. Tanto è vero che il diritto alla correttezza andrebbe inquadrato *in pendant* con l'art. 39 cod. cons., che impone al professionista un dovere di buona fede e correttezza, la cui violazione è fonte di una pretesa risarcitoria.

Il punto resta dibattuto. Al di là del tema della esatta individuazione del rimedio invocabile, ciò che preme sottolineare è la rilevanza riconosciuta al diritto all'equità nell'ambito della disciplina consumeristica, quale diritto fondamentale e irrinunciabile.

Questo significa, come visto, che il consumatore si vede garantito il diritto a essere parte di un contratto equo, cioè non squilibrato, sul piano contenutistico, a suo svantaggio, in conseguenza dell'abuso della libertà contrattuale da parte del professionista.

Se si spinge oltre la riflessione e si sposta l'attenzione sul piano delle conseguenze della patologia negoziale, si potrebbe osservare che, ove il contratto di consumo sia squilibrato e, quindi, iniquo per lesione del diritto all'equità, nel momento in cui il giudice dichiara la nullità parziale necessaria della clausola vessatoria, può intervenire anche per integrare la lacuna e

⁴⁴⁰ Cfr. M. DONA, *Il codice del consumo, regole e significati*, Torino, 2005, p. 74 ss.; F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 837 ss.; A. BARENGHI, *Codice del consumo*, cit., p. 173 ss..

⁴⁴¹ Cfr. F. CAMMILLETI, *L'art. 2 del Codice del consumo e i diritti fondamentali del consumatore nei rapporti contrattuali*, cit., p. 916-917. In giurisprudenza: Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Corr. giur.*, 2008, 223 ss., con nota di V. MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*; in *Danno e resp.*, 2008, V, 525 ss., con nota di V. ROPPO e F. BONACCORSI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*; in *Obbl. e contr.*, 2008, 105 ss., con nota di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*. Per un bilancio della evoluzione della giurisprudenza e della dottrina su questo tema si rinvia a F. RENDE, *Violazione di regole informative e rimedi a dieci anni dalle sentenze Rordorf*, in *Contr.*, 2017, II, 77 ss..

correggere il regolamento proprio invocando l'equità.

In sostanza, ci pare che la centralità del diritto del consumatore all'equità contrattuale sia tale da giustificare che, nei casi in cui sia consentito, il giudice possa porre rimedio alla caducazione della clausola vessatoria essenziale alla luce di quello stesso valore che è stato leso dal contegno del professionista.

E questo nesso tra il diritto del consumatore all'equità e l'equità come parametro integrativo utilizzabile dal giudice potrebbe essere scorto nel disposto dell'art. 1374 c.c., sull'assunto che «*il diritto all'equità (...) rafforza quelle disposizioni generali (art. 1374 c.c.) e speciali che attribuiscono al giudice il potere di integrare il contenuto del contratto*»⁴⁴². In effetti, l'espressa previsione del diritto fondamentale del consumatore all'equità sembra rappresentare una di quelle previsioni espresse di legge idonee ad attribuire al giudice il potere di integrare il contratto mediante equità ai sensi dell'art. 1374 c.c..

La possibilità di invocare questa disposizione – come si vedrà meglio nel prosieguo – troverebbe un appiglio normativo nell'art. 38 cod. cons.: nello stabilire che «*per quanto non previsto dal presente codice, ai contratti conclusi tra il professionista e il consumatore si applicano le disposizioni del codice civile*», la norma in esame consente di creare un collegamento con la regola generale in tema di integrazione del contratto.

Questo significa che per risolvere il problema delle conseguenze della soppressione di una clausola vessatoria essenziale, in mancanza di disposizioni consumeristiche specifiche sul punto, sarebbe possibile invocare le regole del codice civile. In particolare, il collegamento qui sussisterebbe per effetto del combinato disposto tra l'art. 36 cod. cons. e l'art. 38 cod. cons., che giustifica l'applicazione dei criteri di cui all'art. 1374 c.c.⁴⁴³.

Con particolare riguardo al ruolo dell'equità, si ricorda che, nei casi in cui dalla eliminazione della clausola abusiva discenda l'impossibilità eseguire il contratto, il giudice può adattare il contenuto dello stesso invocando il criterio equitativo.

Il richiamo a questo parametro sarebbe possibile proprio in forza del coordinamento tra gli artt. 36 e 38 cod. cons. e l'art. 1374 c.c.. A ben vedere, questo rinvio all'equità sarebbe autorizzato non solo dall'assunta natura ricognitiva della disposizione codicistica, che presuppone l'individuazione di una norma più puntuale, come sopra si è indicato; ma anche

⁴⁴² Così G. VETTORI, Art. 2, in E. Capobianco e G. Perlingieri (a cura di), *Codice del consumo*, Napoli, 2009, p. 15 ss.; ID., *Contratto e rimedi*, cit., p. 116.

⁴⁴³ Cfr. A. FEDERICO, *Nuove nullità e integrazione del contratto*, cit., p. 349-351, il quale, con riferimento alla disciplina consumeristica previgente, osserva che il combinato disposto dell'art. 1469 *bis* e dell'art. 38 cod. cons., al fine di risolvere il problema dell'impossibilità di esecuzione di un contratto depurato da clausole abusive, esclude l'applicazione dell'art. 1419, comma 1, c.c. e apre le porte all'applicazione dell'art. 1374 c.c.. Sono favorevoli ad ammettere l'integrazione del contratto anche attraverso il ricorso all'equità: S. MAIORCA, *Tutela dell'aderente e regole di mercato*, cit., p. 147, secondo il quale, «l'eventuale necessità di colmare il vuoto negoziale lasciato dalle clausole vessatorie dichiarate inefficaci potrà essere soddisfatta utilizzando i criteri di integrazione dei contratti già conclusi, che sono stabiliti in via generale dall'art. 1374»; S. MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, cit., p. 50 ss..

dalla circostanza che questa norma più puntuale coincide con l'art. 2, comma 2, lett. e), cod. cons., interpretata non come norma meramente programmatica, ma a carattere innovativo⁴⁴⁴. Difatti, l'art. 36 cod. cons., nel sancire la nullità (di protezione) della clausola vessatoria, cioè della pattuizione che realizza un significativo squilibrio tra le prestazioni, ai sensi dell'art. 33, comma 1, cod. cons., è la disposizione che dà attuazione proprio al diritto all'equità garantito al consumatore dall'art. 2, comma 2, lett. e), cod. cons..

Dalla lettura di questo insieme di norme, dunque, discenderebbe la possibilità, per il giudice, di correggere l'iniquità del regolamento contrattuale di consumo, nei casi in cui lo preveda una norma da collegare all'art. 1374 c.c., quali le disposizioni citate.

Un'attenta dottrina, pur non negando, a priori, la possibilità di impiegare il criterio equitativo, tende a ridurne l'ambito di operatività, spostando l'attenzione sulla clausola generale di buona fede, quale strumento idoneo a realizzare quello scopo integrativo-correctivo. Tanto sull'assunto che *«la repressione di un abuso con la buona fede è il presupposto logico e giuridico per riequilibrare con l'equità»*⁴⁴⁵.

Alla base di questa impostazione vi è l'idea che l'equità non possa essere considerata una fonte autonoma di integrazione del contratto, ma venga in gioco come criterio utile soltanto nei casi in cui il legislatore lo abbia previsto come necessario. Nel timore di arbitrii giudiziari, pertanto, la dottrina in esame ritiene che *«l'equità non può correggere l'iniquità di un regolamento predeterminato dalle parti, se non nei casi in cui lo preveda una norma da collegare all'art. 1374 c.c.»*.

Se si riporta questo ragionamento alle questioni poste dalla disciplina consumeristica, la conclusione a cui si giunge è la seguente: una volta accertata la vessatorietà della clausola essenziale, e cioè la violazione della regola che discende dall'applicazione del principio di buona fede, appunto, il giudice potrebbe operare con un giudizio di equità, in forza del combinato disposto dell'art. 1374 c.c. con gli artt. 36 e 2, comma 2, lett. e), cond. cons.. In tal modo, il contratto potrebbe essere riportato alle condizioni conformi alla buona fede.

Questa impostazione ci appare, senz'altro, condivisibile nel risultato cui perviene, in quanto, in definitiva, ammette l'integrazione giudiziale del contratto mediante l'equità. Desta qualche perplessità, però, il percorso argomentativo seguito, nella parte in cui individua nella buona fede il presupposto logico e giuridico per riequilibrare il contratto mediante l'equità. Così ragionando, difatti, si finirebbe per sovrapporre sostanzialmente i ruoli, diversi, svolti dalla buona fede e dall'equità nell'ambito del giudizio di vessatorietà.

⁴⁴⁴ Cfr. G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, cit., p. 28 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, p. 225-226. Per un'analisi più dettagliata della valenza della disposizione in esame, si rinvia alla nota n. 45 del presente lavoro.

⁴⁴⁵ Così M. FRANZONI, sub *art. 1374*, cit., p. 136 ss..

Come evidenziato in precedenza, non solo i due ruoli vanno tenuti distinti, ma occorre riproporzionare la portata degli stessi, in modo tale che, a livello pratico, il giudice disponga di due strumenti integrativi dotati ciascuno di un proprio ambito di operatività. Ciò nella considerazione, oltretutto, che la stessa idea dell'equità come criterio integrativo non autonomo, ma di sintesi, è smentita anche dal dato normativo, potendo operare anche quando la legge non la preveda esplicitamente ovvero sia implicitamente richiamata da un criterio legalmente previsto⁴⁴⁶.

Per questi motivi, altra parte della dottrina perviene al medesimo risultato di consentire l'integrazione giudiziale del contratto di consumo mediante l'equità senza ragionare sulla buona fede, bensì rimanendo aderente al dettato normativo, in forza del coordinamento tra gli artt. 2, comma 2, lett. 2) e 140 cod. cons.⁴⁴⁷.

L'art. 140 cod. cons. individua le domande che possono essere proposte dai soggetti legittimati «*ad agire a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti*». A tali soggetti è riconosciuta, fra le altre, non solo la possibilità di chiedere al giudice «*di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti*», ma anche «*di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate*».

A ciò si aggiunga che il comma 9 dello stesso art. 140 cod. cons. chiarisce che «*le disposizioni di cui al presente articolo non precludono il diritto di azioni individuali dei consumatori che siano danneggiati dalla medesime violazioni*».

Dalla lettura congiunta delle disposizioni richiamate parte della dottrina desume la possibilità, anche per il singolo consumatore, di far valere la tutela del suo diritto fondamentale all'equità contrattuale, di cui all'art. 2, comma 2, lett. e), cod. cons.⁴⁴⁸, ogni qual volta abbia concluso il contratto a condizioni inique. Siffatta possibilità può tradursi anche in una azione individuale, ai sensi del comma 9 dell'art. 140 cod. cons., diretta a chiedere la correzione del contratto.

Difatti, tra gli effetti dannosi del comportamento iniquo tenuto dal professionista, può rientrare anche il rischio di caducazione dell'intero contratto, una volta che il giudice accerti la vessatorietà di una clausola essenziale. Per scongiurare questo pericolo, allora, il singolo

⁴⁴⁶ Si rinvia alle considerazioni già svolte all'interno del precedente paragrafo.

⁴⁴⁷ Cfr. F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, cit., p. 644 ss.; E. CAPOBIANCO, *L'integrazione*, cit., p. 409 ss.; M.C. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 174 ss.. La questione del coordinamento tra le due disposizioni si è posta, in dottrina, con riguardo al tema della sindacabilità dell'equilibrio economico del contratto di consumo, studiato per differenza rispetto alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica nella subfornitura, nella quale siffatta possibilità di sindacato sembra consentita. È dibattuto, infatti, in dottrina, se il riferimento all'equità nei rapporti contrattuali di cui all'art. 2, comma 2, lett. e), cod. cons. possa essere interpretato come sintomo della possibilità di sindacare anche l'equilibrio economico tra le prestazioni.

⁴⁴⁸ Sull'assunto che la disposizione citata abbia introdotto la possibilità di sindacare l'equilibrio anche economico del contratto, si rinvia alla nota n. 45 del presente lavoro.

consumatore può chiedere al giudice di intervenire sul contratto eliminando quell'effetto dannoso anche attraverso la correzione dello stesso. Correzione che si traduce nella riconduzione giudiziale a equità del regolamento⁴⁴⁹.

In conclusione, al di là del dibattito relativo alla sindacabilità dell'equilibrio economico del contratto, suscitato dalla previsione del diritto all'equità contrattuale, ciò che appare incontrovertibile è la possibilità di ravvisare, nell'ambito della disciplina consumeristica, disposizioni che consentono di creare quel coordinamento con la disciplina generale dell'integrazione del contratto idoneo ad ammettere un'integrazione giudiziale mediante equità.

Il diritto all'equità dei rapporti contrattuali, dunque, lungi dal rappresentare solo una pretesa a una oggettiva proporzione delle prestazioni tra le parti, consente di rafforzare quelle disposizioni generali, come l'art. 1374 c.c., e speciali, che attribuiscono al giudice il potere di integrare il contenuto del contratto⁴⁵⁰.

Resta ancora da vedere come e in presenza di quale presupposti questo strumento possa operare, ma anche in che modo si rapporti con le altre possibili tecniche di intervento sul contratto.

1.4 Ipotizzabilità di un concorso tra tecniche integrativo-corrective.

⁴⁴⁹ Cfr. G. GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p. 126 ss., secondo il quale, l'ordinamento «reagisce all'iniquità del rapporto contrattuale (...) non comminando la nullità del rapporto ma piuttosto, sul presupposto della sua validità, riconoscendo – ai singoli come alle associazioni di categoria – il diritto di chiederne la correzione»; E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, cit., p. 387 ss.; ID., *L'equilibrio economico nei contratti dei consumatori*, in G. Vettori (a cura di) *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002, p. 387 ss., il quale si pone il problema di «come il diritto all'equità, nel suo aspetto economico, possa essere fatto in concreto valere dal consumatore», giungendo alla conclusione secondo cui «a modesti risultati si perverrebbe attraverso l'utilizzo della tutela invalidante (...) che, concernendo una clausola attinente a un elemento essenziale del contratto quale il corrispettivo, rischierebbe di travolgere l'intero contratto. Potrebbe ipotizzarsi il ricorso a un potere correttivo del giudice che la stessa legge (...) ammette a tutela degli interessi collettivi (...) e che quindi non dovrebbe neppure ritenersi precluso in sede di azione individuale»; M.C. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, cit., p. 177, la quale evidenzia che «il dettato dell'art. 2 e 140 cod. cons. appare molto chiaro, e sembra difficile volerlo “relegare” in una posizione subordinata». L'Autrice osserva, inoltre, come le difficoltà di scorgere siffatto collegamento tra le due disposizioni derivino dal fatto che la legge sui diritti dei consumatori (legge n. 281/1998) è entrata in vigore in un momento successivo rispetto alla novella codicistica in materia di clausole vessatorie (legge n. 52/1996) e questo ha reso difficile armonizzare le due discipline. Tanto più perché il legislatore del codice del consumo avrebbe dovuto farsi carico di chiarire il coordinamento tra le stesse. In senso critico, invece, si veda: E. MINERVINI, *Il diritto del consumatore all'equità contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, 1, p. 22-27, il quale esclude che sia possibile desumere dalle disposizioni in tema di tutela collettiva del consumatore il fondamento giuridico di un potere correttivo del giudice in sede di controllo individuale dei contratti di consumo. Tanto è vero che l'Autore ritiene di non ravvisare alcun punto di contatto tra il diritto all'equità contrattuale del consumatore e la disciplina dell'integrazione del contratto mediante equità ex art. 1374 c.c..

⁴⁵⁰ Cfr. le considerazioni di G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 116.

In conclusione di questo *excursus* volto a inquadrare le caratteristiche dell'intervento integrativo-correttivo del contratto per mano esclusiva del giudice, si tratta di indagare la relazione sussistente tra questo strumento e le altre tecniche di conservazione del contratto privato di una clausola vessatoria essenziale⁴⁵¹.

Probabilmente, la creazione di una regola giudiziale diretta a colmare la lacuna rappresenta, in astratto, il rimedio maggiormente idoneo a realizzare quell'esigenza di tutela effettiva, proporzionata e conforme a buona fede, prescritta dai principi eurounitari. Difatti, un tale obiettivo impone all'interprete di ricercare il rimedio più "giusto", cioè il più adeguato rispetto agli interessi in gioco, in quanto parametrato sul caso concreto.

La circostanza per cui la regola integrativa sia elaborata dal giudice in relazione alle specificità della singola fattispecie, alla luce dei criteri di mercato o dei valori fondamentali dell'ordinamento, sembrerebbe realizzare proprio quelle esigenze.

Questo significa, allora, che non è possibile escludere a priori un intervento giudiziale successivo alla declaratoria della nullità (di protezione) di una clausola essenziale, ove questo sia necessario a evitare il rischio che l'operazione economica possa essere irragionevolmente vanificata⁴⁵².

Oltretutto, si potrebbe osservare che proprio la rilettura in chiave costituzionale ed eurounitaria della disciplina contrattuale consente di sottoporre l'atto di autonomia a un controllo correttivo. Quest'ultimo non va necessariamente concepito come una forma di minaccia o di lesione per l'autonomia privata. Tutto al contrario, se rispondente ai valori supremi dell'ordinamento giuridico, tale controllo equitativo contribuirebbe a garantire che la libertà contrattuale si espliciti in modo pieno e autonomo⁴⁵³. Il sindacato del giudice, dunque, non va concepito in termini esclusivamente antagonistici rispetto alla volontà privata, bensì come strumento di garanzia e cooperazione a favore di questa.

In considerazione di tutto ciò, si può e si deve riflettere, semmai, sui limiti e sull'ambito di operatività di tale tecnica. Difatti, affinché il potere giudiziale possa realizzare le predette

⁴⁵¹ Il problema di un concorso tra tecniche di correzione diverse se lo era posto (pervenendo, però, a una soluzione negativa), in particolare, A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 277 ss., secondo il quale, ove si ammettesse l'operatività, accanto a correzioni per via legislativa, di un potere di correzione giudiziale, si tratterebbe di verificare se e come l'interprete debba valutare, di volta in volta, quale sia la strada da intraprendere, «se cioè (...) sia preferibile correggere il patto abusivo ricorrendo alla "normale" disciplina dispositiva ovvero, a regole diverse, più o meno discrezionalmente elaborate dal giudice». Questo problema, come si è in precedenza evidenziato, si pone, per esempio, nella disciplina del pagamento delle transazioni commerciali, dove l'art. 9 del d.gls. n. 231/2002 legittima l'alternativa tra più tecniche di adattamento del contratto.

⁴⁵² Osserva M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, cit., p. 54-55, che la correzione del contratto per mano del giudice, in tutte le forme in cui essa può esplicarsi, «si trova oggi a svolgere una funzione ausiliaria del mercato, di *enforcement* del suo funzionamento virtuale rispetto alle deformazioni della pratica negoziale».

⁴⁵³ Cfr. M.C. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e poteri del giudice*, cit., p. 231 ss..

funzioni, è necessario definirne, in armonia con il sistema, caratteristiche e presupposti di operatività.

A riguardo, occorre ricordare, innanzitutto, che l'intervento integrativo-correttivo per mano del giudice non rappresenta l'unico strumento in grado di risolvere il problema della sorte del contratto privato di una clausola essenziale. Si tratta, allora, di stabilire se quest'ultimo si ponga in rapporto di concorso o di esclusione reciproca rispetto agli altri rimedi che sono stati prospettati nel capitolo precedente.

Nonostante la ritenuta ammissibilità ed adeguatezza dell'integrazione giudiziale per i motivi sopra esposti, questa rappresenta senza dubbio la soluzione più radicale, poiché è quella che entra maggiormente in tensione con il cuore stesso della disciplina contrattuale, cioè con il principio dell'autonomia privata. Pertanto, si ritiene che tale rimedio non possa operare in via esclusiva e indistintamente in ogni caso, ma solo in presenza di determinate circostanze.

Strumenti altrettanto validi nelle mani del giudice sono anche le tecniche della sostituzione automatica di norma imperativa, nei casi di contrasto con quest'ultima, oppure, della integrazione mediante il diritto dispositivo, consentita anche dalla Corte di Giustizia. Lo stesso è a dirsi, a maggior ragione, per lo strumento della buona fede oggettiva, quale fonte di un obbligo di rinegoziazione in capo al professionista.

In particolare, la inserzione delle norme imperative o dispositive consente una integrazione del contratto che avviene sì per mano del giudice, il quale la ritenga necessaria a garantire la conservazione del contratto; a ben vedere, però, tale integrazione è di stampo prettamente legale, perché permette di inserire nel regolamento, quasi di iniettare in senso chirurgico, la regola legale violata o indebitamente derogata dalle parti. Con la conseguenza che tale modalità di intervento sul contratto non pone particolari problemi di compatibilità con il principio dell'autonomia privata, in quanto i contraenti si trovano a dover rispettare proprio quelle regole che li avrebbero comunque vincolati, se non si fosse verificata la violazione o l'abuso.

Certamente, si può discutere sul grado di effettività di tali rimedi di sostituzione o integrazione legale, in quanto appaiono dotati di una forza dissuasiva più debole per il professionista, il quale è consapevole che, nell'imporre una clausola abusiva, rischia, al massimo, la riespansione della regola che voleva aggirare.

Ma è anche vero che questo meccanismo integrativo consente, pur sempre, di richiamare la parte forte alle sue responsabilità, vincolandola a un regolamento il cui contenuto sia adeguato e proporzionato, a tutela del consumatore; il quale, così, può continuare a fruire del bene o del servizio di cui abbisogna.

A maggior ragione, la volontà privata trova adeguata tutela se si ammette la configurabilità di un obbligo di rinegoziazione derivante dalla valorizzazione della buona fede contrattuale. La peculiarità connessa a questo rimedio, infatti, è quella di consentire che l'effetto manutentivo sia sì stimolato dal giudice che dichiara la nullità della clausola, rilevando la necessità di colmare la lacuna contrattuale; ma la sua attuazione discende, esclusivamente, dalla cooperazione delle parti che rinegoziano (*rectius*, negoziano) la pattuizione essenziale.

In tal modo, anche il problema della tutela dell'integrità della autonomia privata sarebbe del tutto fronteggiabile, poiché il consumatore verrebbe posto nelle condizioni di manifestare la sua volontà sulla clausola originariamente non negoziata ed espressione di abuso.

In considerazione di quanto esposto, tutte le tecniche citate consentono di superare il rischio della caducazione totale del contratto, consentendo la conservazione del regolamento, sia pure ciascuno operando in termini diversi e con un diverso grado di effettività.

Questo, significa, ulteriormente, che tali strumenti possono concorrere tutti, astrattamente, a colmare la lacuna contrattuale, fintanto che il consumatore non risulti adeguatamente tutelato.

Quello che si vuole sostenere è, dunque, la possibilità e l'opportunità che il problema della sorte del contratto con clausola essenziale nulla possa essere risolto non con una soluzione unica e valida sempre, bensì con una soluzione diversificata caso per caso.

Si ritiene, infatti, possibile ipotizzare un concorso in graduazione dei rimedi che abbiamo prospettato, secondo un ordine logico ispirato a due esigenze: da un lato, l'istanza di tutela effettiva per il consumatore, il quale mira a essere protetto da un rimedio adeguato a realizzare il suo interesse, ossia conservare il contratto opportunamente modificato; dall'altro, l'obiettivo dissuasivo e sanzionatorio verso il professionista che tenga un contegno abusivo, in modo da correggere le storture del mercato.

Con riguardo a quest'ultimo profilo, in particolare, riteniamo che il carattere dissuasivo del rimedio in esame non si realizzi sempre e necessariamente attraverso la caducazione secca della clausola vessatoria; al contrario - come si è cercato di dimostrare - il rimedio opera in modo diversificato, a seconda del tipo di clausola che viene in considerazione (accessoria o essenziale) e delle specificità del regolamento, potendo implicare, come conseguenza, l'integrazione della lacuna. Ciò nella considerazione che, talvolta, il professionista è maggiormente penalizzato dal restare vincolato a un contratto modificato in funzione conservativa e di riequilibrio dell'asimmetria, piuttosto che dal perdere *in toto* un singolo contratto di una serie più ampia di contratti standardizzati di cui è parte⁴⁵⁴.

⁴⁵⁴ A riguardo, basta richiamare la giurisprudenza dell'A.B.F. in tema di nullità di clausole che pattuiscono interessi moratori manifestamente eccessivi, illustrata nel primo capitolo del presente lavoro. In numerosi provvedimenti, l'A.B.F. ha evidenziato che l'indagine sul carattere realmente dissuasivo della nullità di

Se questi sono gli scopi principalmente sottesi alla necessità che al rimedio distruttivo della nullità di protezione si compendia un rimedio costruttivo del regolamento, allora, il giudice potrebbe determinare, di volta in volta, il grado di interpolazione del contratto, in relazione alle specificità del caso concreto⁴⁵⁵. Nella consapevolezza che tutti gli strumenti illustrati richiedono un intervento giudiziario, ma ciascuno di essi manifesta un differente grado di incidenza sull'autonomia negoziale, e, quindi, il che è lo stesso, una diversa estensione del sindacato giudiziale.

In definitiva, ci pare che il problema degli effetti della declaratoria di nullità di una clausola abusiva non possa trovare una soluzione univoca e unitaria, essendo tali effetti suscettibili di variare in dipendenza della natura della clausola vessatoria e in correlazione con l'esigenza di assicurare che la soluzione prescelta rivesta un carattere realmente dissuasivo-sanzionatorio per il professionista.

Ne consegue che la modifica del contratto per mano esclusiva del giudice non può giustificarsi sempre, ma solo in taluni casi e soltanto dopo aver escluso la possibilità di utilizzare rimedi alternativi, in considerazione delle circostanze della fattispecie concreta.

Se si ritiene di condividere siffatte considerazioni, l'ulteriore riflessione che occorre svolgere, per prospettare una soluzione ricostruttiva coerente con il sistema, attiene alla individuazione dei presupposti in presenza dei quali il giudice può optare per l'uno o per l'altro rimedio in concorso tra loro. Come in precedenza accennato, si tratta di stabilire quali siano i margini entro i quali può muoversi la scelta del giudice, e dunque, sulla base di quale logica intervenire con uno strumento piuttosto che con un altro.

Alla luce di quanto esposto, ci pare di poter anticipare che la scelta in questione vada compiuta sulla base del criterio della minor interferenza possibile di soggetti terzi sulle pattuizioni private, per preservare la volontà dei contraenti. Occorre, allora, verificare se sussista una norma in grado di offrire un fondamento normativo e sistematico alla ricostruzione appena esposta.

protezione spetta al giudice nazionale non in astratto, ma in concreto; di conseguenza, non solo la caducazione secca della clausola nulla, ma anche la riespansione della regola di diritto dispositivo abusivamente derogata può contribuire a dissuadere il professionista dall'inserire clausole vessatorie.

⁴⁵⁵ In senso contrario si veda A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 293-296, secondo il quale, nel silenzio del legislatore, un patto iniquo non potrebbe essere "adattato" dal giudice, per cui va escluso che il rimedio della correzione giudiziale "concorra" con le altre tecniche di sostituzione della clausola abusiva previste dalla legge o che paiono legittimate nel sistema. Questa posizione, tuttavia, ci pare criticabile. Pur ritenendosi necessario un aggancio normativo con la disciplina generale dell'integrazione del contratto, la previsione di un diritto (fondamentale) all'equità contrattuale del consumatore ben legittimerebbe un intervento giudiziale equitativo. Quanto al problema del possibile conflitto tra strumenti di adattamento, questo va risolto nel senso di un concorso tra gli stessi, da risolvere sulla base di un criterio ordinante di stampo legale.

2. Ricerca di un fondamento normativo dei meccanismi di integrazione nei casi di nullità (di protezione) di clausole essenziali.

Ipotizzata, in via generale, l'ammissibilità di un concorso tra più tecniche integrativo-corrective del regolamento contrattuale, si tratta di stabilire se sussista o meno un rapporto di gerarchia tra le stesse e, prima ancora, se sia dato ravvisare una base normativa della ricostruzione prospettata.

Alla luce delle considerazioni finora svolte, si ritiene che l'individuazione dello strumento modificativo da applicare, nel caso di specie, non possa essere rimessa a una "scelta" del tutto libera da parte dell'organo giudicante. Al contrario, proprio per contenere la discrezionalità giudiziaria e assicurare la certezza del diritto e delle decisioni, occorre individuare un criterio legale in forza del quale circoscrivere il potere di intervento giudiziale. Il giudice, una volta rilevata e dichiarata la nullità della singola clausola vessatoria, ove ritenga necessario, per la sopravvivenza del contratto, colmare la lacuna creatasi, non può "scegliere" il rimedio con cui intervenire, proprio perché le tecniche illustrate presentano un diverso grado di interazione con l'autonomia privata.

In considerazione di ciò, si ritiene di poter prospettare una applicazione dei rimedi modificativi secondo modalità graduate. E tale operazione dovrebbe svolgersi alla luce del principio della minor intrusione del sindacato giudiziario sul contenuto del regolamento, nell'ottica di garantire una indispensabile, ma contenuta, cooperazione tra autonomia privata e poteri del giudice.

La sequenza a cui questa applicazione graduata dei rimedi dovrebbe ispirarsi può trovare base normativa nell'art. 1374 c.c., il quale, nel dettare le regole generali di integrazione del contratto, offre una elencazione di fonti ordinata secondo un principio di gerarchia, in linea con l'esigenza di preservare la volontà privata. La sequenza rimediale ivi prevista procede, infatti, dal criterio legale fino al criterio equitativo, secondo una logica diretta a privilegiare, in prima battuta, l'interpolazione legale del contratto rispetto a un intervento più diretto del giudice mediante l'equità, secondo l'idea per cui quest'ultima rappresenterebbe una *extrema ratio*.

Per le ragioni che esporremo, tale disposizione ci sembra, pertanto, idonea a offrire un parametro di riferimento su cui costruire un sistema di regole di integrazione-correzione del contratto privato di una clausola abusiva essenziale, garantendo di non lasciare questa delicata operazione al libero arbitrio giudiziario.

Per tale via, l'art. 1374 c.c. potrebbe costituire un valido referente per garantire l'effettività

del rimedio della nullità protettiva nell'ambito del diritto dei consumatori, in quanto consente di sviluppare la logica sottesa al singolo regolamento contrattuale, senza alterarne la valenza pattizia.

Naturalmente, questa conclusione passa per la necessaria rilettura del dettato normativo in esame, in cui il fenomeno integrativo sembra tingersi di una coloritura prettamente rimediale, in quanto funzionale al completamento della tutela invalidante.

Questo significa che l'art. 1374 c.c., quando a venire in considerazione è la disciplina consumeristica, costituisce uno di quei casi in cui è consentito rinviare alle norme generali del codice civile, in mancanza di norma speciale difforme, ai sensi dell'art. 38 cod. cons.. Di più, quella disposizione finisce per assurgere a regola trasversale, il cui contenuto, cioè, offre una sequenza rimediale anche in relazione a lacune sopravvenute in seguito alla caducazione di una parte del contratto.

Al fine di impostare correttamente la costruzione sistematica prospettata, si rende necessario, prioritariamente, ricostruire l'ordinario ambito di operatività della stessa, per poi estrapolare la regola suscettibile di guidare il giudice per garantire una tutela effettiva per il consumatore, nei casi di disapplicazione di una clausola vessatoria essenziale.

Prima ancora di procedere secondo le direttive di indagine delineate, giova soffermarsi sulla ricostruzione dei rapporti tra l'art. 1374 c.c. e le altre norme del codice civile che disciplinano, sotto vari profili, il fenomeno della integrazione contrattuale.

L'art. 1374 c.c., infatti, non è l'unica disposizione codicistica a occuparsi dell'integrazione del contratto. Tra le fonti integratrici, in senso lato, rientrano anche il meccanismo dell'inserzione automatica di clausole *ex art. 1339* e il meccanismo della sostituzione di diritto delle norme imperative con le clausole contrattuali nulle *ex art. 1419*, comma 2, c.c., nonché le disposizioni in tema di buona fede *in executivis ex art. 1375* c.c. e l'art. 1340 c.c. sulle clausole d'uso dell'art. 1340 c.c..

In particolare, occorre, prioritariamente, chiarire i rapporti tra l'art. 1374 c.c. e l'art. 1339 c.c..

Tradizionalmente, il disposto dell'art. 1339 c.c. è concepito come una specificazione dell'art. 1374 c.c.. Trattandosi di norma inserita nella disciplina della formazione del contratto, la prima è stata, da sempre, considerata come regola di integrazione della fattispecie contrattuale in fase di formazione. Al contrario, l'art. 1374 c.c. attiene alle norme che disciplinano gli effetti di un contratto già formato.

Il *discrimen* tra le due disposizioni individuato dalla dottrina non appare, oggi, così persuasivo, in quanto fondato su una discutibile e rigida distinzione tra fattispecie ed effetti da ritenersi, oramai, superata, come si avrà modo di vedere.

Giova, piuttosto, soffermarsi sulla *ratio* delle due regole integrative per coglierne la rispettiva portata.

L'art. 1339 c.c., come visto, disciplina, in via generale, l'inserimento di una regola legale all'interno dei contratti che contengono clausole difformi dalle previsioni inderogabili. L'integrazione c.d. cogente che così si realizza risponde all'esigenza di tutelare una delle parti del rapporto e, segnatamente, quella che ha interesse al mantenimento in vita del contratto, in vista del perseguimento di obiettivi di utilità sociale.

Per effetto di tale sostituzione automatica, dunque, la clausola pattuita in contrasto con la norma inderogabile si ha come “non apposta”, senza la necessità di verificare se si tratti di pattuizione essenziale o meno per le parti.

Per questi motivi, l'introduzione, all'interno del codice civile del 1942, di tale meccanismo di sostituzione automatica è stata a lungo criticata, in dottrina, da coloro che vi ravvisavano un pericolo per l'autonomia privata. Questa disciplina, infatti, prevedendo l'imposizione *ab externo* di contenuti contrattuali, veniva avvertita, in larga parte, come lesiva della volontà negoziale dei privati, intesa come libertà tanto di concludere il contratto, quanto di determinarne il contenuto⁴⁵⁶.

A ben vedere, la disposizione in esame non pare avere un effetto così distorsivo del sistema contrattuale, se si considera che essa risulta coerente con lo stesso principio dell'autonomia contrattuale, il quale è sì garantito dall'art. 1322 c.c., ma, nel contempo, limitato: difatti, ai privati è riconosciuta la libertà di decidere “se” e “con chi” concludere un contratto; mentre, la possibilità di determinarne il contenuto deve svolgersi nei limiti posti dalla legge, al fine di impedire che l'esercizio dell'attività economica si ponga in contrasto con l'utilità sociale⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ Nel codice previgente, non a caso, non esisteva una regola analoga a quella dell'art. 1339 c.c.. Per questo motivo, a seguito della sua introduzione, ne è stata, da più parti, invocata l'abrogazione, anche in considerazione della sua vocazione di regola generale, riferendosi a una serie indefinita e aperta di casi. Per un commento sulle origini della disposizione, si vedano: G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, XXIII, Padova, 1947; D. RUBINO, *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, cit., p. 530 ss.; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 87 ss.; F. MESSINEO, voce *Contratto (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, IX, Milano, 1961, p. 161 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 147 ss.; F. ZICCARDI, *L'integrazione del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1969, p. 143 ss.; E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, cit., p. 330 ss.. Ricorda F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, cit., p. 678, che l'introduzione dell'art. 1339 era stata avvertita come una deroga così grave all'autonomia contrattuale, che avrebbe finito per snaturare il contratto, tanto da non poterlo più considerare come un prodotto di quell'autonomia. Per tale via il contratto sarebbe degradato a «una mera realtà di fatto, cui l'ordinamento fa parziale riferimento, ma senza tener conto della sua natura contrattuale» (così G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 338).

⁴⁵⁷ Cfr. M.R. MAUGERI, sub art. 1339, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e E. Orestano, Torino, 2011, p. 508 ss.; G. PATTI, S. PATTI, sub art. 1339, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1993, p. 267 ss., in cui si legge che l'inserzione automatica di clausole non può essere inquadrata nel fenomeno della c.d. “pubblicizzazione del contratto”, inteso quale fattore di crisi del contratto nella società moderna. La disposizione in commento, piuttosto, postula «una nuova visione dell'istituto, che si modifica dal punto di vista funzionale, in armonia con le mutate esigenze della società e così facendo, anzi, dimostra la propria perdurante vitalità»; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 512 ss., il quale osserva che, sebbene la disciplina autoritativa del contratto

Tra queste limitazioni può essere, certamente, annoverata una disposizione come l'art. 1339 c.c., che risponde allo scopo di tutelare interessi pubblici ritenuti prevalenti. Tale è da considerare l'esigenza di protezione sostanziale di una delle parti del rapporto, ove appartenente alla cerchia di soggetti che la norma inderogabile mira a tutelare; ovvero l'esigenza di perseguire finalità generali. Invero, l'imposizione *ab externo* di contenuti contrattuali non è diretta, di per sé, a negare l'autonomia privata, bensì, al contrario, intende realizzare interessi più generali.

Ciò posto, si deve osservare come la disposizione in esame si occupa di una particolare forma di integrazione del contratto, quella, cioè, a carattere cogente, che viene, tradizionalmente, contrapposta all'integrazione di tipo suppletivo, di cui all'art. 1374 c.c..

Entrambe le disposizioni, dunque, hanno riguardo al fenomeno dell'integrazione contrattuale ed entrambe possono riferirsi a norme imperative. Ma numerosi sono gli aspetti che le differenziano⁴⁵⁸.

In dottrina, è stato osservato che l'art. 1374 c.c., nel suo rinviare, genericamente, alla "legge", farebbe riferimento non solo alle norme imperative, ma, anche e soprattutto, alle norme di diritto dispositivo, che sono, invece, estranee all'ambito di applicazione dell'art. 1339 c.c.. In aggiunta, la prima disposizione richiama pure gli usi e l'equità, che non trovano alcuna previsione nell'altra. Dunque, diverse sono, innanzitutto, le fonti idonee a integrare il contratto.

Questo si spiega in quanto le due fattispecie in esame sono ben differenti tra loro.

Tradizionalmente, si osserva che l'art. 1339 c.c. presuppone un contratto recante una clausola in contrasto con una norma inderogabile, mentre l'art. 1374 c.c. opera in presenza di un contratto valido in cui, però, la volontà espressa dai contraenti risulta ambigua o incompleta.

In virtù della ricostruzione prospettata, risulta, conseguentemente, diversa la funzione delle due disposizioni. L'art. 1339 c.c. mira a conservare il contratto, consentendo la produzione di

rappresenti una oggettiva limitazione dell'autonomia contrattuale, quest'ultima appare, tuttavia, non solo costituzionalmente legittima, ma anche doverosa, in quanto volta a impedire che l'esercizio dell'attività economica si ponga in contrasto con l'utile sociale *ex art. 41 Cost.*. Cfr. anche F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, cit., p. 678, secondo il quale, l'art. 1339 c.c. va interpretato come disposizione che «testimonia la necessità di un vero e proprio cambio di paradigma nella comprensione del diritto contrattuale della contemporaneità», poiché esso realizza una conformazione della "signoria delle parti" sul contenuto del contratto «al fine di coniugare l'interesse dei contraenti con l'interesse della collettività». L'Autore osserva, inoltre, come, a ben vedere, la porta rivoluzionaria della disposizione in commento si stemperi ove si consideri che «oggetto della sostituzione coattiva è la clausola nell'ambito di un contratto. La sostituzione presuppone il contratto, e dunque l'(avvenuto) esercizio dell'autonomia privata. Quest'ultima è riconfermata nella sua perdurante centralità». In tal senso, si vedano anche: L. MENGONI, *Programmazione e diritto*, in *Justitia*, 1966, p. 105 ss.; M. CASELLA, *Nullità parziale e inserzione automatica di clausole*, cit., p. 135 ss..

⁴⁵⁸ Per la ricostruzione delle differenze tra l'art. 1339 e l'art. 1374 c.c. si rinvia a: E. SARACINI, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, cit., p. 242 ss.; CM. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 499 ss.; G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 244 ss..

effetti obbligatori, nonostante la difforme volontà delle parti. Tanto è vero che alcuni Autori sottolineano come, in questo caso, non di “integrazione” si tratti, ma, più propriamente, di “sostituzione” della norma imperativa alla clausola con quella contrastante⁴⁵⁹.

L'art. 1374 c.c., invece, regolerebbe il fenomeno propriamente integrativo, in quanto, attraverso l'impiego di norme (cogenti o dispositive), degli usi o della equità, consente di “integrare” il contratto, cioè permette la produzione di effetti ulteriori rispetto agli effetti fondamentali del singolo contratto. L'integrazione suppletiva, pertanto, opera solo quando le parti non abbiano disciplinato alcuni aspetti del rapporto, e non, viceversa, quando le stesse abbiano compiutamente previsto il contenuto delle rispettive prestazioni e i relativi effetti.

In realtà, questa impostazione merita di essere rivista proprio alla luce della questione delle tecniche di conservazione del contratto privato di una clausola essenziale nulla.

Con particolare riguardo alla materia della nullità, la regola generale della sostituzione della clausola in violazione della norma imperativa è posta dall'art. 1419, comma 2, c.c.: quest'ultima disposizione chiarisce, infatti, come la sostituzione possa operare anche all'interno di un contratto in cui la parte da sostituire è nulla. In tal caso, l'art. 1339 c.c. va letto in combinato disposto con quest'ultima norma, che consente di conservare il regolamento ogniqualvolta la clausola nulla possa essere sostituita di diritto da una norma imperativa, sì da escludere il giudizio di essenzialità di cui al primo comma del medesimo art. 1419 c.c..

Per tale via, dunque, il fenomeno della sostituzione automatica dell'art. 1339 c.c. si salda alle ipotesi di nullità (parziale) del contratto.

In apparenza, pertanto, il binomio degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c. sembrerebbe offrire il paradigma in forza del quale consentire la modificazione del contratto privato di una clausola nulla.

Tale meccanismo, tuttavia, non ci pare possa essere invocato, in via esclusiva, per fondare anche la correzione di un regolamento recante una clausola abusiva, per due ordini di ragioni: da un lato, la sua operatività presuppone, necessariamente, la violazione solo di una norma imperativa; dall'altro lato, e conseguentemente, quella tecnica correttiva risulta essere di stampo prettamente legale, mai di tipo propriamente giudiziale, in quanto il giudice si limita a dichiarare la nullità della clausola abusiva, mentre l'inserzione della regola cogente violata avviene in via del tutto automatica.

Questi due aspetti ci pare costituiscano i principali ostacoli alla possibilità di invocare l'art.

⁴⁵⁹ Cfr. F. DI MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, cit., p. 677, secondo il quale, occorre distinguere in modo netto il fenomeno dell'integrazione propriamente detta, di cui all'art. 1374 c.c., dal meccanismo dell'inserzione-sostituzione automatica di norme imperative, contemplato dall'art. 1339 c.c.. Tanto è vero che, ad avviso dell'Autore, «l'art. 1374 c.c., discorrendo di integrazione, tace sulla sostituzione, mentre l'art. 1339 c.c., discorrendo sulla inserzione e sostituzione, tace sulla integrazione».

1339 c.c. quale strumento da solo idoneo a costruire un efficace sistema di adeguamento dei contratti affetti da nullità di protezione, pena il rischio contraddire la stessa logica protettiva sottesa a questa disciplina.

Vediamo meglio in che senso.

Con riferimento al primo limite, è evidente come la sostituzione della norma violata dalla clausola nulla in tanto può operare, in quanto la pattuizione contrasti con una precisa norma imperativa recante, in positivo, la disciplina a cui le parti avrebbero dovuto attenersi.

Questo aspetto rappresenta un significativo ostacolo all'operatività dell'art. 1339 c.c. nell'ambito della tutela contro le clausole vessatorie, ogniqualvolta non sussista la norma inderogabile recante, in positivo, una regolamentazione vincolante per le parti.

Di conseguenza, in presenza di una norma inderogabile, come quella relativa alla c.d. lista nera di clausole vessatorie di cui all'art. 36, comma 2, cod. cons., che determina la nullità della clausola anche se oggetto di trattativa individuale, il meccanismo della sostituzione automatica può, senz'altro, trovare applicazione ed è di per sé sufficiente a garantire la conservazione del contratto.

Diverso è il discorso nei casi – e sono la maggior parte in questa materia - in cui la pattuizione risulta abusiva non perché è stata violata una norma imperativa, ma perché è stata indebitamente derogata una regola in astratto derogabile. Qui la vessatorietà della clausola si appunta sulle modalità della deroga consentita, essendo imposta, in via unilaterale, dal solo contraente forte.

È chiaro che, in questi casi, il meccanismo della sostituzione automatica non è in grado di operare.

Per ovviare a questo limite, parte della dottrina ha suggerito di applicare l'art. 1339 c.c. non in modo diretto – cosa che non sarebbe possibile in mancanza una norma imperativa -, bensì per analogia o, comunque, ipotizzando che da quella disposizione sia possibile ricavare una “regola di sistema” esportabile anche nell'ambito delle contrattazioni asimmetriche⁴⁶⁰. Di conseguenza, così ragionando, il semplice contrasto tra regola pattizia e disciplina legale, sia essa imperativa o dispositiva, legittimerebbe sempre la applicazione della regola legale, evitando la caducazione dell'intero contratto.

Questa impostazione, tuttavia, non ci sembra concretamente percorribile per la considerazione che risulta difficile ipotizzare una vera applicazione analogica dell'art. 1339

⁴⁶⁰ In questo ordine di idee A. D'ADDA, *La correzione del “contratto abusivo”*, cit., p. 388 ss., il quale osserva che tanto nei casi in cui il singolo patto contrasti con una norma imperativa e inderogabile, quanto nei casi in cui quel patto sia frutto di una deroga abusiva al diritto dispositivo, lo schema concettuale che viene in considerazione sarebbe sempre il medesimo: il contrasto tra la regola pattizia e la disciplina legale. Ne conseguirebbe, in entrambe le situazioni, la necessità di consentire la riespansione della regola legale per garantire la conservazione del contratto.

c.c. ai contratti recanti clausole abusive; non ci pare, infatti, che ricorra il presupposto della “somiglianza” delle fattispecie, prescritto per il procedimento analogico. È ben vero che l'analogia consente di estrarre un principio da una regola data, per applicarlo a un caso che non ha una regola di disciplina. Ma sotto il profilo degli effetti, non ci sembra che sia la stessa cosa dire che dall'art. 1339 c.c. possa essere tratta una “regola di sistema”, poiché un conto è rinvenire, da una norma data, un principio applicabile a singoli casi non regolati, altro conto è desumere da quella norma una regola valida, in via generale, per qualunque fattispecie, sia essa disciplinata o meno dall'ordinamento. Ciò è proprio quanto si vorrebbe fare ragionando sull'art. 1339 c.c. come “regola di sistema”, ma non ci pare sia un approdo condivisibile⁴⁶¹.

Nell'ipotesi in esame, non è certo integrato il requisito della similitudine sotteso al procedimento analogico⁴⁶², venendo in gioco una fattispecie affatto diversa da quella della violazione di discipline imposte dalla legge a tutela di interessi generali. Oltretutto, l'art. 1339 c.c. è, tradizionalmente, concepito come norma a carattere eccezionale, in quanto esprime una eccezione rispetto al principio generale per cui i contraenti sono vincolati nei termini contrattualmente previsti. Con la conseguenza che tale disposizione sarebbe insuscettibile di applicazione analogica⁴⁶³.

⁴⁶¹ Sulla nozione di analogia, si rinvia agli autorevoli studi di N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, Memorie dell'Istituto giuridico dell'Università di Torino, 1938; ID., voce *Analogia*, in N. Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, p. 1 ss.: «S'intende per “analogia giuridica”, o, con altri espressioni, “ragionamento per analogia”, “procedimento per analogia”, “estensione analogica”, “interpretazione analogica”, quell'operazione, compiuta dagli interpreti del diritto (giuristi e giudici in specie), mediante la quale si attribuisce da un caso o ad una materia, che non trovano una regolamentazione espressa nell'ordinamento giuridico, la stessa disciplina prevista dal legislatore per un caso e per una materia simili». In tema, si vedano anche: E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949; L. CAIANI, *Analogia (teoria generale)*, in *Enc. del diritto*, II, Milano, 1958, p. 349 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *L'analogia giuridica*, in L. Gianformaggio, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, 1986, p. 150 ss..

⁴⁶² Affinché possa trovare applicazione il procedimento analogico, non è sufficiente accertare la mancanza di regolamentazione del caso concreto, qualificabile come lacuna in senso tecnico, ma occorre riscontrare un requisito ulteriore, quello della somiglianza. Due situazioni possono dirsi somiglianti se presentano uno o più elementi in comune; non tutti, perché altrimenti sarebbero identiche, né alcuno, altrimenti sarebbero diverse. Secondo gli insegnamenti della dottrina, l'applicazione analogica di una fattispecie richiede che l'elemento in comune sia rappresentato dalla *ratio legis*, cioè dalla ragione giustificatrice della disciplina. In particolare, «l'estensione del caso regolato al caso non regolato è legittima quando il caso non espresso è simile al caso espresso in ciò che costituisce la ragione sufficiente della attribuzione al caso espresso di quella determinata regolamentazione, la cui estensione è, appunto, in discussione». Così N. BOBBIO, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., p. 601. Per una ricostruzione storica del concetto di “somiglianza”, si veda G. CARCATERRA, *Analogia: I) teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma 1988.

⁴⁶³ Come è noto, l'art. 14 disp. prel. al codice civile vieta l'applicazione del procedimento analogico alle norme «che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi». La qualificazione di una norma come eccezionale o regolare «si ispira ai principi che costituiscono il fondamento razionale delle norme. Se queste sono in un certo senso conformi ai principi e al sistema normativo, sono regolari; se si ispirano ad un principio diverso dalla regola che caratterizza il sistema, sono eccezionali». Così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit., p. 101. Si veda anche P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2000, p. 17 ss.. Ciò premesso, si osserva che la natura eccezionale delle norme sostitutive è sostenuta da una dottrina e da una giurisprudenza oramai consolidate, benché, per lungo tempo, animate dal solo intento di assicurare la signoria della volontà dei privati. A riguardo, in dottrina, si vedano: G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 332 ss.; G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, cit., p. 224 ss.. In giurisprudenza, si ricordano: Cass., 5 ottobre 1953, n. 3179, in *Foro it.*, Rep., 1953, voce *Obbligazioni*

Per tale via, si finirebbe, oltretutto, per prospettare una interpretazione estensiva non consentita del combinato disposto degli art. 1339 e 1419, comma 2, c.c.⁴⁶⁴. Per quanto, astrattamente, le due ipotesi in esame siano vicine sul piano esteriore, trattandosi, pur sempre, della divergenza di una pattuizione da una regola legale, la differenza sostanziale si coglie tutta sul piano intrinseco, cioè sulla differenza “di struttura” tra le norme imperative e le norme dispositive. Tale differenza condurrebbe ad ampliare indebitamente l'ambito di operatività dell'art. 1339 c.c..

Non convince, secondariamente, neppure la tesi di coloro che prospettano un'applicazione della sostituzione automatica di clausole anche nei casi in cui la norma imperativa non detti, in positivo, la disciplina da osservare, ma si limiti a «*suggerire i criteri da cui il giudice può ricavare una disciplina sostitutiva*»⁴⁶⁵; tanto nella convinzione che, per tale via, si consentirebbe di ampliare il raggio di operatività della disposizione, temperando, nel contempo, la discrezionalità giudiziaria, che si deve muovere entro i confini dell'atto di autonomia privata.

Anche questa lettura non ci pare persuasiva, poiché permettere al giudice di attivare il procedimento di sostituzione automatica anche al di fuori dei casi in cui la regola legale cogente sia individuata in modo rigoroso comporta il rischio che si realizzi proprio quell'evenienza che si mirava a evitare: ossia finisce per consentire al giudice di operare una correzione del regolamento fuori dei confini della regola legale, in forza di criteri di valutazione necessariamente equitativi, non legittimati dall'art. 1339 c.c.⁴⁶⁶.

e contratti, n. 392; Cass., 12 luglio 1965, n. 1464, in *Foro it.*, Rep., 1965, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 418; Cass., 25 giugno 1979, n. 3551, in *Foro it.*, Rep., 1979, voce *Contratto in genere*, nn. 263-264. Sul punto, si vedano anche le considerazioni di G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 227, secondo il quale, è da escludere una interpretazione estensiva dell'art. 1339 c.c.: per tale via, si finirebbe, infatti, per attribuire alla disposizione un'ampiezza che non possiede «poiché è norma concepita ancora nella prospettiva di interventi, siano essi sugli effetti o sul contenuto del contratto a seconda delle opzioni ricostruttive, legati ad una sorta di riserva legislativa quanto alla imposizione della clausola sostitutiva».

⁴⁶⁴ Per la distinzione si rinvia a: M.S. GIANNINI, *L'analogia giuridica*, in *Jus IV*, 1941 e I, 1942; N. BOBBIO, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, in *Giur. it.*, 1968, I, c. 698; G. ALPA, *Il ricorso all'analogia nella giurisprudenza. Esempi, tecniche e stili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, p. 50 ss.; A. BELVEDERE, *Interpretazione estensiva e analogia: alcune considerazioni*, in *Diritto Privato*, 2001-2002, Padova, 2003; M. FRANCANZANI, *Analogia e interpretazione estensiva dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003.

⁴⁶⁵ Cfr. A. TOFFOLETTO, *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996, p. 344 e ss.; A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, cit., p. 354 ss., il quale, con particolare riguardo alla materia dell'abuso di posizione dominante, ritiene possa trovare applicazione la regola dell'art. 1339 c.c. anche quando la legge si limiti a individuare il criterio di valutazione degli opposti interessi. Pertanto, il meccanismo sostitutivo in esame potrebbe trovare applicazione anche consentendo «la sostituzione della clausola nulla con regole e valori che, attraverso il mercato, comunque ritrovano la propria origine nell'autonomia privata. (...) In tale prospettiva la tecnica integrativo-sostitutiva affidata al giudice potrebbe riscoprire nell'*equità* un valore di libertà economica da acquisire al contratto»; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 179 ss..

⁴⁶⁶ Secondo S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, cit., p. 117, «nella previsione di un sindacato giudiziale di vessatorietà non è affatto implicito un potere di interazione equitativa, ai sensi ed agli effetti degli artt. 1339 e 1419, c. 2, del contratto viziato», trattandosi di due tecniche molto diverse, atteso che la

Sotto questo profilo, si coglie il secondo limite sotteso alla disciplina della sostituzione automatica di clausole: non solo essa non può operare in presenza di una regola di diritto dispositivo abusivamente derogata, ma non consente neanche di risolvere il problema della lacuna contrattuale nei casi in cui quella regola suppletiva non esista o non sia adeguata a regolare il caso di specie. In questo frangente, il rischio è che il contratto, privato della clausola essenziale, vada incontro a caducazione totale, se non si consente al giudice di intervenire in funzione integrativo-correctiva anche al di fuori degli angusti confini degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c..

Ove si ritenga di condividere le considerazioni sopra esposte, allora, si comprenderà perché l'unica strada che ci appare percorribile, in caso di lacuna derivante dalla deroga abusiva di regole dispositive, nonché in mancanza delle medesime, sia quella di richiamare, il dettato dell'art. 1374 c.c., quale norma recante la disciplina generale dell'integrazione del contratto⁴⁶⁷, in forza del combinato disposto degli artt. 36 e 38 cod. cons.. Per tale via, il codice civile sembra offrire il paradigma idoneo a fondare quel concorso di tecniche di adeguamento del contratto necessario a tutelare efficacemente il contraente debole.

Questa conclusione non conduce a escludere, in via di principio, l'operatività del meccanismo di sostituzione automatica nella materia in esame, bensì impone di circoscriverne il raggio di azione a ipotesi ben precise.

A sostegno di questa tesi sono invocabili plurimi argomenti.

In primo luogo, la stessa giurisprudenza appare costante, nel tempo, nel ribadire la non applicabilità dell'art. 1339 c.c. nelle ipotesi in cui manchi una norma imperativa puntuale: in forza di una interpretazione rigorosa del suo dettato normativo, infatti, l'art. 1339 c.c. è destinato a operare solo in presenza di norme imperative recanti una precisa determinazione

seconda valorizza un concetto di «equità rilevante in via principale e non sussidiaria, com'è nello spirito dell'art. 1374».

⁴⁶⁷ In questo ordine di idee: S. MAIORCA, *Tutela dell'aderente e regole di mercato*, cit., p. 147 ss.; L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, cit., p. 192 ss.; A. FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, cit., p. 349 ss.; S. PAGLIANTINI, *Appunti a margine di Cass., n. 9735/2013: l'art. 1374 e la lacuna sopravvenuta*, cit., p. 186; ID., *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: "il mondo di ieri" o un trompe l'oeil concettuale?*, cit., p. 587 ss.. In particolare, osserva M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, cit., p. 54-55, che nei casi in cui non siano indicati o non siano ricavabili, nella norma che commina la invalidità, le clausole da inserire nel contratto, la nullità della clausola abusiva determina semplicemente una lacuna che «non potrà essere colmata che sulla base del paradigma predisposto dall'art. 1374, che attraverso il rinvio al diritto dispositivo, agli usi e all'equità attiva l'interazione di autonomia e mercato». Sotto questo particolare profilo, l'Autore rileva che «questa rideterminazione delle condizioni di applicazione del co. 2 dell'art. 1419 e l'apertura del suo asse di operatività dall'art. 1339 all'art. 1374, quindi, non fanno che dare forma al capovolgimento che il nuovo rapporto politica/economia ha operato nel senso tradizionale dei dispositivi di correzione del contenuto del contratto». In questa prospettiva, la correzione del contenuto del contratto viene a svolgere «una funzione ausiliaria del mercato, di *enforcement* del suo funzionamento virtuale (e – si assume – virtuoso) rispetto alle deformazioni della pratica negoziale: la deviazione del co.2 dell'art. 1419 dalla logica politica dell'art. 1339 alla logica di interazione tra autonomia e mercato recata dall'art. 1374 registra, per l'appunto, questo passaggio».

dell'elemento da sostituire alla clausola difforme, a meno di non prospettare, come detto, una non consentita interpretazione analogica o addirittura estensiva della disposizione⁴⁶⁸.

Questo limite non è, invece, riscontrabile nell'art. 1374 c.c., che non solo va interpretato in una posizione di *“potiorietà assiologica”* rispetto all'art. 1339 c.c., come norma più generale⁴⁶⁹, ma presenta, altresì, una maggior elasticità, consentendo che il fenomeno integrativo si manifesti tanto tramite la riespansione del diritto dispositivo, quanto per effetto del richiamo alla buona fede, agli usi normativi e all'equità. In questo modo, la disposizione in commento legittima un'attività di gestione della lacuna contrattuale idonea a superare il problema della conservazione del regolamento in mancanza non solo di una norma imperativa, ma anche di una regola dispositiva, secondo la sequenza gerarchica delle fonti ivi prospettata.

D'altra parte, nella predetta logica di graduazione dei rimedi integrativi invocabili in concorso tra loro, non si può non concordare con chi osserva che uno strumento di scrutinio *«che proceda caso per caso sembra da preferire ad una tecnica interpolativa che obbedisca ad una logica di ferreo automatismo»*⁴⁷⁰.

Preso consapevolezza di ciò, quanto al rapporto tra gli artt. 1339 e 1374 c.c., a questo punto, è possibile svolgere un'ulteriore riflessione.

In questa prospettiva, ci pare condivisibile quanto prospetta un'autorevole dottrina, secondo la quale, l'art. 1374 c.c., quando viene in considerazione la nullità parziale necessaria, andrebbe sottoposto a una lettura evolutiva, volta ad attribuire una innovativa sfumatura rimediabile alla disciplina dell'integrazione del contratto; ciò in quanto la disposizione in esame, verrebbe coordinata, in funzione di completamento, al rimedio della nullità di protezione.

Come è stato acutamente osservato, tale interpretazione evolutiva dell'art. 1374 c.c. andrebbe letta come il riflesso di *«una mutatio normativa che ha visto l'equità trasformata in parametro valutativo e correttivo (dell'abusività) di un'autonomia privata derogatoria»*⁴⁷¹.

⁴⁶⁸ Cfr. da ultimo Cass., 22 marzo 2013, n. 7268, in *www.dejure.it*; Cass., 22 aprile 2013, n. 9735, in *www.dejure.it*; Cons. Stat., 13 ottobre 2013, n. 5069, in *www.dejure.it*. In tutte le pronunce citate, si legge, in modo cristallino, che «il meccanismo sostitutivo di cui all'art. 1339 c.c. opera solo in presenza di norme imperative recanti una rigida predeterminazione dell'elemento destinato a sostituirsi alla clausola difforme».

⁴⁶⁹ Cfr. S. PAGLIANTINI, *Appunti a margine di Cass., n. 9735/2013: l'art. 1374 e la lacuna sopravvenuta*, cit., p. 188, osservando che all'art. 1374 c.c. va riconosciuto «il rango di norma deputata a innervare il rapporto giuridico contrattuale, cioè il “regolamento di interessi”»; ID., *L'abuso di dipendenza economica tra legge speciale e disciplina generale del contratto*, in G. Vettori (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, cit., p. 508 ss, dove, con particolare riferimento alla materia dell'abuso di dipendenza economica, l'Autore ammette che il giudice possa conformare il regolamento contrattuale in forza dell'equità correttiva di cui all'art. 1374 c.c., ritenendo di ricondurre l'art. 9 della legge sulla subfornitura nell'ambito di quest'ultima disposizione, trattandosi di una di quelle eccezionali previsioni legislative che autorizzando l'uso dell'equità.

⁴⁷⁰ Così sempre S. PAGLIANTINI, *Appunti a margine di Cass., n. 9735/2013: l'art. 1374 e la lacuna sopravvenuta*, cit., p. 188.

⁴⁷¹ Il riferimento è a S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: “il mondo di ieri” o un trompe l'oeil concettuale?*, cit., p. 587-588, il quale, nel commentare la sentenza della Corte di Giustizia sul caso *Käsler*, sostiene che l'invocazione di un'equità in funzione correttiva consente di riconoscere una “coloritura rimediabile all'integrazione”, resa

Così ragionando, oltretutto, il sistema tornerebbe a trovare la sua coerenza, in quanto la sostituzione automatica verrebbe ricondotta «*nel terreno (esclusivo) delle norme imperative*», mentre l'art. 1374 c.c. potrebbe essere invocato anche nei casi di deroga unilaterale di norme di diritto dispositivo⁴⁷².

La dottrina più attenta evidenzia, inoltre, come la disposizione in commento si presti a far scattare il meccanismo integrativo ivi previsto non solo in presenza di lacune originarie del contratto, ma anche in caso di una lacuna sopravvenuta per effetto della caducazione della clausola abusiva. Ciò in quanto dalla lettera della disposizione non sarebbe dato dedurre alcuna distinzione circa il tipo di lacuna integrabile⁴⁷³.

Un'interpretazione evolutiva della disposizione, allora, non può che condurre a superare l'astratta, quanto indebita, distinzione tra lacuna originaria (pacificamente legittimante l'applicazione dell'art. 1374 c.c.) e lacuna sopravvenuta. Non solo, ma tale distinzione non appare condivisibile anche perché fondata su una rigorosa differenziazione tra il concetto di fattispecie contrattuale e i suoi effetti, che ormai non trova più giustificazione⁴⁷⁴.

possibile da una «riscrittura dell'art. 1374 c.c. trasformato in un'appendice del diritto del consumatore a un rimedio effettivo».

⁴⁷² Le osservazioni sono sempre di S. PAGLIANTINI, *Vecchio e nuovo sull'integrazione del contratto abusivo nel prisma armonizzato delle fonti (partendo da un caso recente), con una postilla sulla sistematica attuale dell'integrazione*, cit., p. 112-113.

⁴⁷³ Ci pare, infatti, debole l'argomento che esclude l'applicazione dell'art. 1374 c.c. alle ipotesi in esame soltanto perché esso regola solo le lacune originarie. Anche perché questa impostazione chiama in causa il problema di operare una non facile distinzione tra tipologie di lacune suscettibili di integrazione, quando poi, sul piano effettuale, il problema è sempre il medesimo: trovare la fonte che consenta di colmarle. A riguardo, già S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 93 ss., osservava che per lacuna si può intendere, in primo luogo, «un “vuoto” del regolamento contrattuale, tale da impedire l'operatività di questo: la normativa sull'integrazione, allora, assume una vera e propria funzione di completamento della cosiddetta fattispecie legale, consentendo al regolamento predisposto di operare. È certo, però, che questo concetto di lacuna, valido in alcuni casi, (ad esempio, l'art. 1349), non è in grado di esaurire l'intera materia dell'integrazione, che conosce ipotesi in cui non si può certamente parlare di lacuna nel senso indicato (basta pensare all'art. 1340 (...)). Né potrebbe argomentarsi che, là dove non v'è lacuna nel senso indicato, non può parlarsi di integrazione». Cfr. anche S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: “il mondo di ieri” o un trompe l'oeil concettuale?*, cit., p. 587-588, il quale ravvisa nell'art. 1374 c.c. la «norma deputata ad emendare tanto le lacune contrattuali originarie quanto quelle sopravvenute», rilevando come alle prime corrisponda un'autonomia contrattuale che si è determinata a non disporre, mentre alle seconde un'autonomia contrattuale unilaterale che si è manifestata abusivamente. Difatti, l'Autore prende le distanze da quella interpretazione dottrinale, ritenuta non corretta, che, da sempre, ha concepito l'art. 1374 c.c. come disposizione funzionale a ovviare a una lacuna contrattuale solo originaria. Tale impostazione sarebbe fondata su una concezione prettamente volontaristica del negozio, ritenuta non più in linea con il mutato contesto economico-giuridico.

⁴⁷⁴ Nella logica della c.d. signoria della volontà, la teoria della fattispecie imponeva una rigorosa distinzione tra l'atto e il suo contenuto e gli effetti prodotti. Conseguentemente, si distingueva anche tra le norme che si riferiscono propriamente all'atto e le norme dedicate agli effetti di quello. In questa prospettiva, l'art. 1374 c.c. veniva ricondotto nell'ambito delle norme sugli effetti, come si riteneva di cogliere anche dalla sua collocazione sistematica all'interno del Capo V, rubricato “*Degli effetti del contratto*”, ben lontano dalle disposizioni relative all'accordo negoziale di cui al Capo II, dove si trova, invece, l'art. 1339 c.c.. Tanto è vero che tale impostazione conduceva a una interpretazione fortemente riduttiva dell'art. 1374 c.c., concependo l'integrazione come attività puramente sussidiaria e di ausilio della volontà privata, sul presupposto che questa si fosse manifestata in forme carenti. Pertanto, così come la lacuna in un testo di legge permette all'interprete di ricorrere all'analogia, allo stesso modo, si riteneva, la lacuna del contratto consente all'interprete di integrare lo stesso entro i confini e secondo le logiche dell'autonomia privata. L'integrazione, infatti, in questa prospettiva, riguarda i soli effetti, non l'atto, ossia il nucleo dell'accordo, che rimaneva intangibile *ab externo*, così da preservare al massimo la volontà privata. In questo ordine di idee: L.

Se ne conclude, pertanto, che l'art. 1374 c.c. consente di integrare il contratto «*sia quando l'autonomia privata non abbia disposto, sia quando non sia stata in grado di formulare una regolamentazione alternativa. Quindi anche nel caso in cui l'incompletezza della regola contrattuale sia da ascrivere ad una declaratoria di nullità parziale per vessatorietà o illegalità*»⁴⁷⁵.

In considerazione di quanto finora esposto e al fine di comprendere la soluzione appena prospettata, ci pare, ora, opportuno approfondire l'indagine sui presupposti applicativi dell'art. 1374 c.c..

CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 712 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 352 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 230 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 148 ss.; A. GIULIANI, *L'integrazione del contratto*, in *Giurisprudenza sistematica del diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigavi, tomo I, *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, Torino, 1991, p. 82 ss.; P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 1997, p. 428 ss.. La teoria della fattispecie inizia a entrare in crisi nel momento in cui attenta dottrina evidenzia la difficoltà, ma anche l'inutilità sul piano sistematico, di operare una netta scissione del contenuto dagli effetti dell'atto, in quanto si tratta di aspetti interconnessi di un unico fenomeno, in cui gli effetti non sono altro che la rappresentazione dell'atto. Nel momento in cui il regolamento contrattuale viene integrato dalle fonti di cui all'art. 1374 c.c., se il precetto risulta unitario e non è possibile distinguere la singola fonte che lo ha integrato, allora, questo è sufficiente a riconoscere efficacia al medesimo. In questo senso: S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 15 ss., secondo il quale, «l'intervento di fonti diverse dall'attività delle parti non riguarda soltanto il "trattamento giuridico" del contenuto, ma si ripercuote sul contenuto stesso, dando così origine a un regolamento che può non rispondere all'esclusiva logica dei privati. (...) In via di principio, dunque, nulla s'opponesse ad una considerazione dell'art. 1374 nell'ambito della costruzione del regolamento contrattuale.»; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 199 ss., il quale inquadra il problema della contrapposizione tra contenuto ed effetti del negozio nell'ambito del mutamento a cui è andato incontro il concetto di autonomia privata, un mutamento che è ritenuto essere di carattere quantitativo, non qualitativo, perché dipendente dal mutato significato e della mutata funzione che è assoluta, storicamente, dallo strumento contrattuale, non dal modificarsi dei suoi rapporti con l'ordinamento statale. Ne discende il rifiuto della necessità di distinguere tra fattispecie propriamente espressione dell'autonomia privata, in quanto non oggetto di interventi integrativi, e fattispecie che, per aver subito una modificazione a causa dell'intervento dell'ordinamento, resterebbero escluse dall'autonomia privata. L'Autore evidenzia, a questo riguardo, la vacuità della contrapposizione tra contenuto ed effetti del contratto, poiché si dovrebbe «dimostrare che nell'ambito degli effetti voluti la logica cui rispondono gli effetti del negozio e la logica della valutazione pattizia non si pongono sul medesimo piano, ma su un piano diverso, mentre, al contrario, non è dubbio che i c.d. effetti volontari non potrebbero non esprimere quelle stesse conseguenze che, in un momento precedente e nella propria sede, sono già state espresse dalla volontà dei privati. Ne consegue che non può artificiosamente scindersi una realtà unitaria, al fine di creare un problema di contenuti distinto da un problema di individuazione di effetti: si è invece in presenza di due momenti distinti (logicamente) di una stessa realtà (...)»; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 206 ss.; F. GALGANO, sub art. 1374, cit., p. 68 ss.; M. FRANZONI, sub art. 1374, cit., p. 10 ss.; E. CAPOBIANCO, *L'integrazione*, cit., p. 390 ss..

⁴⁷⁵ Così S. PAGLIANTINI, *Appunti a margine di Cass., n. 9735/2013: l'art. 1374 e la lacuna sopravvenuta*, cit., p. 186, il quale intravede una "nuova stagione per l'art. 1374 c.c.", ritenendolo ormai declinabile secondo le due suesposte modalità. Nello stesso senso P. PERLINGIERI, *Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata. Sintesi di un convegno*, in P. Perlingieri, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, p. 467, secondo il quale «l'art. 1374 c.c. rappresenta lo strumento, assai attuale, per integrare il regolamento negoziale e quindi renderlo espressione non soltanto di autonomia ma anche di eteronomia».

2.1 Indagine sulla portata dell'art. 1374 c.c.: la riespansione della regola legale.

Come visto, l'art. 1374 c.c. disciplina l'integrazione c.d. suppletiva del contratto⁴⁷⁶, prospettando un elenco di fonti eteronome ordinate secondo un criterio gerarchico.

A riguardo, la dottrina ormai maggioritaria considera tale elencazione tassativa, per evitare di dilatare il fenomeno integrativo all'impiego di fonti non menzionate nella norma, così da garantire la certezza dell'oggetto regolato dal negozio.

L'assunto carattere tassativo delle fonti di integrazione, ad ogni modo, non esclude – come si vedrà meglio nel prosieguo – che, tra le stesse, possa essere ricondotta anche la buona fede *in executivis* di cui al successivo art. 1375 c.c., trattandosi di uno di quei casi in cui la legge integra il contratto ai sensi dell'art. 1374 c.c.⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ Giova, peraltro, ricordare che il fenomeno dell'integrazione va tenuto distinto da quello, apparentemente simile, ma profondamente diverso, dell'interpretazione del contratto. Per lungo tempo, invece, l'integrazione è stata inquadrata all'interno della disciplina dell'interpretazione. Un'autorevole dottrina prospettata, infatti, una ricostruzione unitaria dei due fenomeni, ispirata alla figura dell'*ergänzende Vertragsauslegung*, ossia alla c.d. "interpretazione integrativa" del diritto civile tedesco (in tema, si vedano: E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, II, Duncker & Humboldt, Leipzig, 1912, p. 218 ss.; P. OERTMANN, *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, Leipzig, 1914, p. 218 ss.; K. LARENZ, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, Leipzig, 1939, p. 92 ss.; A. HENCKEL, *Die ergänzende Vertragsauslegung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1960-1961, n. 159, 110). Entrambi i fenomeni, infatti, si fondano sulla presenza di una lacuna, il cui superamento costituirebbe il presupposto tanto per l'applicazione della norma, quanto per l'esecuzione del negozio. Questa impostazione è stata prospettata, in particolare, da E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 354 ss.; ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, cit., p. 300 ss., il quale operava una distinzione tra i concetti di interpretazione integrativa e di integrazione vera e propria. Secondo questa visione, l'interpretazione integrativa riguarda i «punti del regolamento d'interessi che, pur non essendo stati abbracciati dalla formola, rimasta inadeguata, sono tuttavia compresi nell'idea ch'essa esprime, e quindi sono inquadrati pur sempre nel contenuto del negozio». L'integrazione, invece, «presuppone proprio la mancanza di un precetto ricavabile dalla formola, quindi una lacuna non in questa soltanto, ma nella stessa idea (precetto), nel regolamento negoziale; ed essa concerne non già la fattispecie del negozio, ma unicamente i suoi effetti: è integrazione degli effetti». In questa prospettiva, il giudice sarebbe tenuto, prima, a tentare l'interpretazione integrativa e poi, ove questa non dia l'esito sperato, debba procedere all'integrazione vera e propria. Un altro autorevole sostenitore di questa impostazione è, senz'altro, G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, p. 204 ss., il quale ritiene di ricomprendere nel fenomeno in esame tanto l'equità *ex art. 1374 c.c.*, tanto la buona fede *ex art. 1375 c.c.*, considerandola una fonte del regolamento contrattuale, sia pure «nel rispetto, naturalmente, di quanto le parti hanno dichiarato di volere, dal momento che la materia è stata regolata dal legislatore riservata alla loro autonomia». Il tema è stato studiato, tra gli altri, anche da: G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 223 ss.; E. REDENTI, *Dei contratti nella pratica commerciale*, I, *Dei contratti in generale*, Padova, 1931; G. MESSINA, *L'interpretazione dei contratti*, in G. Messina, *Scritti giuridici*, V, Milano, 1948, p. 168 ss.; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, 15^aed., 1966, p. 682 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto*, cit., p. 236 ss.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 286 ss.. Sennonché, la possibilità di configurare l'interpretazione integrativa, nel nostro ordinamento, ha destato numerose perplessità in una parte della dottrina, stante la difficoltà di importare *tout court* schemi elaborati dal diritto tedesco, il quale si fonda su una concezione molto più rigida circa il ruolo della volontà. In questo ordine di idee: C. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padova, 1938, p. 53 ss.; V. ALLRA, *Il testamento*, Padova, 1936, p. 341 ss.. Lo stesso Betti, peraltro, tendeva a operare una distinzione tra i concetti di interpretazione integrativa e di integrazione vera e propria. Secondo questa visione, l'interpretazione integrativa riguarda i «punti del regolamento d'interessi che, pur non essendo stati abbracciati dalla formola, rimasta inadeguata, sono tuttavia compresi nell'idea ch'essa esprime, e quindi sono inquadrati pur sempre nel contenuto del negozio. L'integrazione, invece, presuppone la mancanza di un precetto ricavabile, in sede interpretativa dalla formola, e cioè una lacuna da colmare, appunto, mediante una integrazione suppletiva».

⁴⁷⁷ Come si vedrà meglio, il punto è stato a lungo dibattuto. Coloro che negavano la tassatività dell'art. 1374 c.c. miravano a ricomprendere, tra le fonti eteronome, anche la buona fede, benché inserita nel successivo art.

Il sistema delle fonti delineato dal legislatore, inoltre, appare ispirato - lo si ribadisce - a una logica rigidamente gerarchica. Occorre tuttavia, intendersi, su questo principio. Una premessa è, allora, d'obbligo.

L'integrazione presuppone l'accordo delle parti e, dunque, la sussistenza di un contratto già concluso. Ma costituisce, oramai, un dato acquisito che il contratto non si riduce a una pura e semplice manifestazione di autonomia negoziale, come ritenuto dalla risalente concezione volontaristica del negozio giuridico. Tutto al contrario, attenta e autorevole dottrina, proponendo una rilettura "costituzionale" dell'istituto, evidenzia, da tempo, come il contratto costituisca espressione non soltanto dell'autonomia privata, ma anche di esigenze ordinamentali, in una prospettiva di "funzionalizzazione" dell'istituto, in vista del perseguimento di finalità più generali di utilità sociale⁴⁷⁸.

In questo contesto, allora, la fonte privata rimane, certamente, *«il motore del contratto, nel senso che la sua mancanza o impedisce la valida conclusione del contratto (nel senso della nullità) o preclude la possibilità di parlare di contratto in senso tecnico»*. Ma il contratto, oggi, appare la risultante di una pluralità di componenti, che concorrono tra loro: *«il sistema delle fonti del regolamento contrattuale contempla, in definitiva, l'attività delle parti, la determinazione legale, la determinazione a opera del giudice»*. Dunque, la legge e la determinazione giudiziale si pongono, sostanzialmente, sullo stesso piano dell'autonomia privata nella determinazione del regolamento contrattuale⁴⁷⁹.

1375 c.c.. La dottrina più attenta, tuttavia, ha chiarito che la tassatività dell'elenco non potrebbe essere compromessa dall'impiego della buona fede in funzione integrativa, atteso che questa costituirebbe uno dei casi in cui l'integrazione opera per effetto della fonte legale. A riguardo, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 117 ss. osserva che considerare quell'elenco come tassativo, non esemplificativo, rappresenta senz'altro «una interpretazione dell'art. 1374 certamente corretta, ma tutt'altro che esauriente ai fini di una soluzione negativa del quesito relativo alla possibilità di far posto alla correttezza tra gli strumenti di interazione del contratto. Infatti, dire che l'elencazione contenuta in una norma è di carattere tassativo, significa, semplicemente che un ampliamento di quell'elenco può essere effettuato soltanto da una norma di legge». Ciò chiarito, pertanto, rimane pur sempre aperta «la possibilità di individuare altre norme di legge, contenenti ulteriori indicazioni relative all'integrazione». Tra queste norme di legge, ad avviso dell'Autore, è certamente riconducibile quella sulla correttezza, in quanto concetto "legislativo" che l'interprete ritiene funzionalmente preordinato all'integrazione del contratto. In senso contrario, F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 285 ss., il quale opina che il rinvio alla legge quale fonte di integrazione presupponga l'individuazione di un precetto preciso e puntuale, non generico e ampio come sarebbe il rinvio alla clausola generale di buona fede; «voler, invece, inserire tra le fonti di integrazione della regola la normativa di correttezza vuol dire utilizzare in maniera errata il richiamo operato alla legge, dal momento che l'esistenza di una normativa di correttezza, sebbene non possa essere posta in dubbio, potrà giustificare una utilizzazione più estesa del principio di buona fede nella fase esecutiva, (...), ma non potrà certamente legittimare un intervento come quello integrativo, ex articolo 1374 c.c., il quale è affidato tecnicamente a norme di legge espresse e puntuali, non già risultanti dall'insieme di molteplici regole operanti nelle varie fasi della contrattazione (trattative, conclusione, interpretazione ed esecuzione del contratto). L'obiezione autorevolmente formulata non ci pare del tutto persuasiva e può essere superata, ove si consideri che, anche per effetto del diritto europeo, la stessa nozione di "legge" sta andando incontro a un progressivo ampliamento della sua portata, tanto è vero che la dottrina maggioritaria tende, oggi, ad annoverare, tra le fonti legali, anche i principio generali, costituzionali ed europei, oltre ai precetti normativi. Pertanto - come si vedrà più avanti - non ci pare del tutto decisivo intendere il richiamo alla legge semplicemente come richiamo ad una norma puntuale.

⁴⁷⁸ Il riferimento è ancora a S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 47 ss..

⁴⁷⁹ Le parole sono sempre di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 47 e 103-104.

In questo rinnovato contesto interpretativo, va inserita l'analisi di dettaglio delle singole fonti eteronome che concorrono alla determinazione del regolamento contrattuale.

Con riferimento a queste, l'art. 1374 c.c. introduce una gerarchia, al vertice della quale è posta la legge. Questo significa che, sebbene tutte le fonti eteronome concorrano, al pari dell'attività privata, a definire il contratto, l'individuazione della specifica fonte idonea a colmare la lacuna va effettuata sulla base di un criterio gerarchico. Di conseguenza, l'integrazione attraverso le altre fonti diverse dalla legge, cioè gli usi e l'equità, è esclusa nel caso in cui sussista una norma di legge o una regola assimilabile alla legge, idonea a colmare la lacuna contrattuale.

Ulteriore corollario di questa impostazione è il carattere residuale degli usi e dell'equità, che possono venire in considerazione solo in via sussidiaria rispetto alla regola legale e, cioè, quando quest'ultima non sia reperibile o non sia opportuna rispetto alle specificità del caso concreto⁴⁸⁰.

Al fine di comprendere il ruolo della legge quale primaria fonte di integrazione, occorre indagare la latitudine di questo concetto.

Come più volte evidenziato, intesa nell'accezione formale, la legge consente l'integrazione del contratto secondo due diverse modalità, in relazione al suo carattere imperativo o dispositivo.

Tuttavia, costituisce questione dibattuta la esatta delimitazione del concetto di “legge” di cui agli artt. 1339 e 1374 c.c.: si discute se tale nozione, oltre a essere intesa in senso formale, possa ricomprendere anche norme di rango inferiore, come i regolamenti o, addirittura, gli atti amministrativi.

Come visto nel capitolo precedente, la risposta al quesito non è necessariamente negativa, anzi, la dottrina e la giurisprudenza tendono a estendere l'applicazione delle disposizioni in esame ricomprendendo, oltre alla legge in senso formale, anche la legge in senso sostanziale e, persino, agli atti amministrativi, laddove sia lo stesso legislatore a rinviare a tali fonti secondarie⁴⁸¹.

Corollario di questa impostazione è il ricordato superamento della distinzione tradizionale tra contenuto ed effetti del contratto e, dunque, della teoria della fattispecie. Nel momento in cui, accanto alla volontà privata, concorrono altre fonti alla costruzione del regolamento contrattuale, l'integrazione, da istituto incidente sui soli effetti della fattispecie contrattuale, finisce per divenire essa stessa elemento della struttura del contratto: «il contratto è il suo oggetto, ma alla costruzione del proprio oggetto [l'integrazione] non manca di partecipare». Sul punto, si veda anche M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, cit., p. 526, il quale, ripercorrere le diverse fasi in cui è andata incontro l'interpretazione del dettato dell'art. 1374 c.c..

⁴⁸⁰ Si osserva, infatti, la necessità che l'interprete consideri attentamente il contesto in cui opera il meccanismo integrativo, in considerazione del fatto che, in relazione alle specificità del caso concreto, gli usi possono avere la prevalenza sulle disposizioni normative astrattamente contrastanti, purché di carattere dispositivo. Cfr. F. MACARIO, sub *art. 1374 c.c.*, in E. Navarretta, A. Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale*, in E. Gabrielli (diretto da), *Commentario al codice civile*, II, Torino, 2011, p. 707.

⁴⁸¹ In giurisprudenza, si vedano le posizioni espresse da: Cass., 14 aprile 1973, n. 1059, in *Foro it.*, 1973, I, p.

Questa apertura degli interpreti è particolarmente significativa – come visto - con riferimento al tema attuale, quanto dibattuto, del potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti.

A riguardo, la giurisprudenza e la dottrina sono, ormai, orientate nel senso di ammettere che l'attività normativa riconosciuta alle *Authorities* possa integrare il contratto ai sensi dell'art. 1339 c.c., purché detto potere si concreti in norme dirette a derogare regole di carattere dispositivo e tale deroga sia prevista a tutela dell'interesse dell'utente o del consumatore⁴⁸².

Tale impostazione poggia, dunque, sull'assunto della natura imperativa delle regole poste dalle *Authorities*, poiché, solo per tale via, sarebbe possibile realizzare l'obiettivo di protezione della parte debole del contratto.

Per questi motivi, attenta dottrina evidenzia che la possibilità di integrare un regolamento contrattuale attraverso l'inserzione di una norma secondaria, promanante da un soggetto diverso dal legislatore (e anche dal giudice), finisce per attribuire al meccanismo integrativo una funzione essenzialmente “conformativa” del regolamento stesso.

Anzi, la vicenda del potere normativo delle *Authorities* testimonierebbe proprio come *«l'inserzione (su base) normativa del contratto non sia più “monopolio” del legislatore, il che impone di rileggere le previsioni codicistiche (in particolare, gli artt. 1339, 1374 e 1419) che – rompendo la presunta autoreferenzialità dell'atto di autonomia – consentono di immettere nella trama negoziale componenti nuovi e aggiuntivi rispetto a quelli voluti ab origine dai paciscenti»*⁴⁸³.

È interessante, infine, osservare l'influenza svolta dal diritto europeo sulla disciplina delle fonti di integrazione del contratto. La dottrina si è, infatti, interrogata sulla rilevanza della normativa sovranazionale nel ricostruire i confini dell'operazione di integrazione del

2062 ss., in cui si fa riferimento alla “legge” in senso “materiale”; Cass., 29 settembre 2004, n. 19531, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, secondo cui «L'art. 1374 c.c., nel prevedere che il contratto obbliga le parti, non solo a quanto è dal medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, si riferisce non solo alla legge in senso formale, ma anche al regolamento (pure comunale)»; Trib. Isernia, 29 giugno 2005, in *Riv. giur. Molise e Sannio*, 2005, p. 3 ss.; Cass., 1 ottobre 2013, n. 22453, in *Giur. it.*, 2014, p. 1597, con nota di V. VITI, *Provvedimenti normativi dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e integrazione contrattuale*; Trib. Salerno, 8 aprile 2015, n. 1549, in *www.dejure.it*; Cass., 31 agosto 2015, n. 17301, in *www.dejure.it*.

⁴⁸² Cfr. Cass., 1 ottobre 2013, n. 22453, cit.. In dottrina si vedano: S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 31 ss.; E. DEL PRATO, *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 515 ss.; G. DE NOVA, *Provvedimenti delle autorità indipendenti e disciplina dei contratti*, in *Soc.*, 2001, p. 519 ss.; ID., *Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 5 ss.; M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit.; F. VENOSTA, *Contratti regolati e rimedi civilistici*, in *Oss. dir. civ. comp.*, 2016, p. 95 ss..

⁴⁸³ Così M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit., p. 262. Sul tema si rinvia anche a: M.R. MAUGERI, *Effetto conformativo delle decisioni delle autorità indipendenti nei rapporti tra privati*, cit., p. 299 ss.; D. FAUCEGLIA, *L'eterointegrazione del contratto ad opera dei provvedimenti dell'autorità dell'energia elettrica e del gas*, cit., p. 1000 ss..

contratto.

Al riguardo, costituisce un dato oramai acquisito che il processo di armonizzazione europea abbia prodotto un generale effetto di arricchimento delle fonti in tutte le branche del diritto; ne è derivato, dunque, anche un ampliamento del concetto di legge a cui fanno riferimento gli artt. 1374 e 1339 c.c..

Il diritto europeo, infatti, non si rivolge soltanto agli Stati membri, ma anche ai cittadini dell'Unione e ai rapporti privatistici. Conseguentemente, anch'esso può essere annoverato, a pieno titolo, tra le fonti di integrazione del contratto. Di più, il diritto europeo, in base al principio di supremazia, è suscettibile di prevalere anche sulle leggi ordinarie di un ordinamento nazionale, essendo subordinato unicamente alle norme e ai principi costituzionali⁴⁸⁴.

Già queste prime brevissime considerazioni mostrano come la disciplina delle fonti del diritto stia subendo un forte mutamento del suo *ubi consistam*, per effetto dell'apporto del diritto europeo, incidendo sulla latitudine stessa del concetto di "legge". E questo fenomeno ha ripercussioni, ovviamente, anche nella materia contrattuale, laddove il codice prospetta le fonti di integrazione del contratto.

Pertanto, possono costituire fonti di integrazione sia i trattati che i regolamenti europei: recando norme immediatamente applicabili negli ordinamenti nazionali, tali atti sono in grado di integrare direttamente un contratto. Diverso è il discorso per le direttive, atteso che queste necessitano di una legge nazionale di attuazione del loro contenuto. Di conseguenza, in questo caso, non è la direttiva a inserirsi direttamente nel regolamento per colmare la lacuna, ma l'integrazione si realizza, in realtà, per il tramite della legge nazionale di recepimento della direttiva⁴⁸⁵.

Dunque, tali fonti europee concorrono, oggi, a pieno titolo, a completare il dettato dell'art. 1374 c.c., partecipando attivamente all'operazione di integrazione del contratto.

Ancor più significativa è poi la possibilità di annoverare, tra le fonti legali di integrazione del contratto, persino le sentenze della Corte di Giustizia, stante il riconoscimento, tributato

⁴⁸⁴ In tema si vedano: L. DANIELE, *Ancora sui rapporti tra diritto comunitario e diritto interno incompatibile secondo l'ordinamento costituzionale italiano*, in *Dir. comm. sc. int.*, 1985, p. 4667 ss.; M.A. LIVI, *L'integrazione del contratto*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997, I, p. 380 ss., la quale sottolinea la necessità di considerare il dettato dell'art. 1374 c.c. come «idealmente completato dalle norme comunitarie primarie e secondarie e che l'integrazione del contratto si verifica altresì ad opera delle fonti di integrazione richiamate dallo stesso diritto comunitario». In effetti, in forza del principio di sussidiarietà, di cui all'art. 5 del Trattato CE, la normativa comunitaria costituisce, oggi, un termine di riferimento ineludibile anche ai fini dell'integrazione del contratto; AA.VV., *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999; G. ALPA, *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in AA.VV., *Il diritto privato dell'Unione europea*, a cura di Tizzano, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, vol. XXVI, Torino, 2000; C. CASTRONOVO, *Il contratto nei "principi di diritto europeo"*, in *Eu. dir. priv.*, 2001, p. 787 ss..

⁴⁸⁵ Cfr. M.A. LIVI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 386 ss..

dalla Corte Costituzionale, del valore normativo dei principi ivi enunciati⁴⁸⁶.

Questo significa, allora, che principi come l'effettività e la proporzionalità, elaborati proprio dalla giurisprudenza europea, potrebbero essere considerati essi stessi fonti di integrazione del contratto, operando come nuova linfa vitale in grado di rinnovare, arricchendola, l'attività integrativa di cui all'art. 1374 c.c.. In tal modo, si aprirebbero le porte alla possibilità di riconnettere al fenomeno integrativo quella portata conformativa che si lega inevitabilmente alle nullità di protezione.

Fermo restando, però, che, in questo caso, come in tutte le ipotesi in cui a venire in considerazione siano principi generali, e non regole puntuali di diritto, si pone il problema di comprendere se e come un principio possa essere concretamente impiegato come fonte di integrazione del contratto. La questione non è di poco momento e dovrà essere ripresa più avanti.

In chiusura di questo breve *excursus* sull'influenza del diritto europeo nel sistema delle fonti di integrazione del contratto, si può osservare, altresì, che l'ordine gerarchico prospettato dall'art. 1374 c.c. subisce, inevitabilmente, un mutamento nella sua fisionomia tradizionale, ma ribadisce la centralità dello stesso come norma di incontro tra il vecchio e il nuovo modo di concepire l'operazione di integrazione contrattuale, confermando la stretta attualità di questa disciplina.

Tanto più questo è vero, se si considera che le norme del diritto europeo hanno, tendenzialmente, carattere imperativo e, quindi, non possono essere derogate né dal legislatore nazionale, né dall'autonomia privata. Non a caso, secondo la dottrina maggioritaria, se i privati regolano il loro rapporto in contrasto con la normativa europea, la conseguenza non potrà che essere la nullità parziale dell'accordo e la sostituzione automatica delle clausole a essa contrarie, ai sensi degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c., quale ipotesi speciale di integrazione del contratto, *sub specie* di sostituzione di clausole.

Quanto esposto ci appare coerente con la *ratio* di fondo del diritto privato europeo, cioè con l'esigenza di assicurare la tutela della concorrenza attraverso la predisposizione di strumenti di protezione a favore del contraente debole. Per tale via, si ribadisce la necessità, avvertita anche a livello europeo, di prospettare una nuova concezione dell'autonomia privata,

⁴⁸⁶ Tale valore normativo delle sentenze della Corte di Giustizia è stato riconosciuto dalla Corte Costituzionale italiana, secondo la quale, l'immediata efficacia del diritto europeo nell'ordinamento nazionale va attribuita, oltre che alle fonti normative direttamente applicabili, anche alle pronunce interpretative del giudice europeo e a ogni altra sentenza di questo che risulti dichiarativa del diritto europeo. Cfr. Corte. Cost., 23 aprile 1985, n. 113, in *Giur. it.*, 1986, I, p. 30 ss., con nota di M. BELLOCCI, *Sul nuovo orientamento della Corte Costituzionale in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*; in *Dir. comun. scambi internaz.*, 1985, p. 4667, con nota di L. DANIELE, *Ancora sui rapporti tra diritto comunitario e diritto interno incompatibile secondo l'ordinamento costituzionale italiano*; in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, p. 773 ss., con nota di P. MORI, *La recente giurisprudenza della Corte Costituzionale sui rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*.

basata su una serie di limitazioni, oggi anche di stampo sovranazionale, funzionali alla realizzazione di obiettivi più generali, *in primis*, la tutela del mercato, quale ambito di principale estrinsecazione proprio della libertà contrattuale.

Ciò considerato circa l'integrazione c.d. cogente, si osserva, altresì, in conclusione, come non sempre sia facile stabilire se l'integrazione del contratto assuma carattere concretamente cogente, in quanto non è sempre chiara, *prima facie*, la natura imperativa della norma idonea a colmare la lacuna.

Attenta dottrina si è, infatti, soffermata sulla distinzione tra norme di diritto cogente e norme di diritto dispositivo, rilevando che il discrimine tra le stesse, talvolta, non sia così netto e assoluto, come potrebbe apparire a una valutazione superficiale.

Innanzitutto, all'interno dello stesso *jus cogens*, è dato riscontrare tipologie di norme molto eterogenee tra loro, potendosi distinguere tra norme imperative, ma derogabili, e norme inderogabili, ma non imperative; inoltre, in base al contenuto del loro precetto, le norme imperative possono essere precettive o proibitive⁴⁸⁷.

Questa stessa eterogeneità di forme può essere riscontrata anche per le norme dispositive. Attenta dottrina, richiamando gli studi della civilistica tedesca⁴⁸⁸, osserva, al riguardo, che anche le norme dispositive sono molto diversificate tra loro. In particolare, la qualificazione di una norma, lungi dal costituire un dato assoluto e immutabile, presenta, al contrario, carattere relativo, poiché, pur apparendo una norma di diritto dispositivo, ben potrebbe, però, risultare, sostanzialmente, cogente «*nel concorso di determinate circostanze specializzanti in cui debba trovare applicazione*»⁴⁸⁹.

Ciò è quanto accade, principalmente, quando una norma dispositiva risulti «*espressione di un principio di struttura dell'ordinamento*».⁴⁹⁰ Ne consegue che, sebbene tali norme possano essere astrattamente derogate dalle parti, in questi casi, la costante deviazione dell'atto di autonomia privata dalla regola legale rischia di porsi in contrasto con l'ordine pubblico. Ove non sia giustificata dalle peculiarità del caso concreto, la deroga sistematica delle norme dispositive – come quella che si registra nel caso di clausole vessatorie – finirebbe per tradursi in una forma di abuso del diritto, sanzionabile con il meccanismo della nullità per contrarietà all'ordine pubblico di protezione. È, dunque, la sistematicità della deroga a giustificare la reazione ordinamentale.

Ne risulta, allora, un quadro interpretativo particolarmente frastagliato e di difficile

⁴⁸⁷ G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 224 ss..

⁴⁸⁸ Cfr. K. SIMITIS, *Gute Sitten und ordre public*, Marburg, 1960, p. 177 ss.; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Alleghmainer Teil*, München, 1967, p. 447 ss..

⁴⁸⁹ Così G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 225.

⁴⁹⁰ Così P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 223.

decifrazione, in cui si staglia come centrale la posizione dell'interprete, chiamato a valutare, in relazione alle specificità del caso concreto, se sussistano i presupposti per il meccanismo di sostituzione automatica delle clausole contrattuali ovvero se si debba fare luogo a un'opera di integrazione *ex art. 1374 c.c.*.

Se si riportano tali considerazioni al tema delle clausole vessatorie, non si può non osservare come, anche rispetto a esse, non è la deroga in sé, ma la modalità in cui quella si realizza a giustificare la reazione ordinamentale. Per effetto della disciplina consumeristica, la nullità parziale necessaria, di solito, non è legata alla violazione di norme imperative intese in senso tradizionale, bensì costituisce la conseguenza dell'abuso della libertà contrattuale, *sub specie* di libertà delle parti di derogare alle regole del diritto dispositivo⁴⁹¹.

Giova, allora, spostare l'attenzione proprio sul ruolo integrativo di queste ultime. Con particolare riguardo all'integrazione c.d. suppletiva, ci si interroga, anche in questo ambito, sulla portata del concetto di “legge” sotto almeno due profili.

In primo luogo, si tratta di comprendere se, tra le regole del diritto dispositivo, possano vedersi attribuita funzione integrativa anche principi di rango costituzionale.

A riguardo, la giurisprudenza costituzionale, con più pronunce in materia di penale manifestamente eccessiva, ha affermato la possibilità di invocare un principio costituzionale come parametro per decidere, addirittura, della validità di una clausola contrattuale. La Corte Costituzionale ha affermato, infatti che «*a fronte di una clausola negoziale che rifletta un regolamento non equo e gravemente sbilanciato*» vada riconosciuto al giudice «*il potere di intervenire d'ufficio dichiarando “la nullità (totale o parziale) ex art. 1418 cod. civ. della clausola, per contrasto con il precetto dell'articolo 2 Cost. che entra direttamente nel contratto*»⁴⁹². Per tale via, è stato così ampliato e rafforzato il ruolo dei principi costituzionali

⁴⁹¹ Cfr. G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit., p. 1-5.

⁴⁹² Corte Cost., ord. 24 ottobre 2013, n. 248, cit.; Corte Cost., ord. 22 aprile 2014, n. 77, cit.. Tale potenziamento del ruolo dei principi costituzionali in materia contrattuale trova, peraltro, eco in una costante giurisprudenza di legittimità. Cfr. Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2159 ss.; Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1929 ss.; Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2985 ss.; Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85 ss.. In dottrina, si vedano, *ex multis*: E. SCODITTI, *L'interpretazione adeguatrice presa sul serio: due ordinanze della Corte Costituzionale sulla caparra confirmatoria*, in www.giustiziacivile.com; ID., *Il diritto dei contratti tra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in *Foro it.*, 2014, I, c. p. 2036 ss.; G. VETTORI, *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, in *Per. e merc.*, 2014, 3, p. 101 ss., il quale richiama le sentenze della Cassazione sulla riducibilità d'ufficio della penale e sull'abuso del diritto come esempi emblematici della tendenza a un utilizzo diretto dei principi e dell'interpretazione adeguatrice. L'Autore osserva che le ordinanze in esame vanno in questa stessa direzione, sollecitando il giudice «alla ricerca, nel sistema costituzionale integrato, del rimedio effettivo, oltre le conclusioni di un'interpretazione costruita sulle tradizionali categorie civilistiche e sulle norme ordinarie generali o settoriali basate su rimedi tipici». Ciò in quanto «l'ingresso del parametro costituzionale nel contratto impone al ricerca di strumenti di attuazione che possono e debbono essere ricavati “con il bilanciamento dei principi costituzionali, in relazione alle circostanze del caso concreto, senza passare “necessariamente” attraverso l'interpretazione di settore». Sul punto, si veda anche G. BERTI, *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 3, p. 462-464, il quale evidenzia che, per effetto della evoluzione del sistema delle fonti, «l'antico sistema delle fonti “si nebulizza” e l'interprete deve confrontarsi con una normatività diffusa che ha

nell'ambito della disciplina del contratto.

Al di là dei dubbi e dei problemi che una soluzione siffatta può produrre sul sistema del diritto contrattuale, la questione logicamente consequenziale che si pone è se, una volta caduca la clausola in contrasto con il principio costituzionale, quest'ultimo possa fungere anche da fonte di integrazione del contratto divenuto lacunoso.

In effetti, nel concetto di legge di cui all'art. 1374 c.c. ben rientra anche la Costituzione, quale “legge fondamentale” dell'ordinamento. Attenta dottrina ritiene, tuttavia, che l'integrazione del contratto a opera di una norma costituzionale non possa avvenire sempre e comunque, ma debbano sussistere due condizioni: da un lato, occorre che essa sia riferibile alla materia contrattuale; dall'altro, si richiede che si tratti di una norma sufficientemente determinata⁴⁹³.

Con riferimento a quest'ultimo requisito, grossi problemi non si pongono quando la norma costituzionale reca una regola puntuale; viceversa, la questione si complica quando a venire in considerazione sia propriamente un principio, cioè una regola dal contenuto elastico, da contemperare con altri principi di pari rango⁴⁹⁴.

A ben vedere, un analogo problema si pone, altresì, ove si annoverino, nel concetto di legge quale fonte integrativa ex art. 1374 c.c., anche i principi elaborati dalla giurisprudenza europea. La difficoltà di integrare il contratto tramite principi, persino di livello eurounitario, è legata alla struttura degli stessi, non essendo sempre facile cogliere un singolo e puntuale precetto da cui desumere la regola che colmi la lacuna contrattuale. Da qui, la centralità

bisogno della interazione dei fatti e dei principi che “hanno il segno della normatività e si debbono confrontare con “l'esperienza, la prassi, il gioco degli interessi”».

⁴⁹³ G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit., p. 18 ss..

⁴⁹⁴ Sulla distinzione tra regole e principi si richiamano, tra gli altri, gli studi di: A. PINTORE, *Norme e principi. Una critica a Dworking*, Milano, 1982; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1972, p. 9 ss.; A. SCHIAVELLO, *Riflessioni sulla distinzione rules/principles nell'opera di Ronald Dworking*, in *Riv. int. filos. dir.*, 1995, p. 159 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworking)*, in *Quad. fior.*, 2002, p. 865 ss.; G. VETTORI, *Regole e principi. Un decalogo*, Torino, 2015; ID., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, cit., p. 5 ss., in cui si evidenzia che, a seguito dell'evoluzione del sistema delle fonti, si è passati «da un sistema di regole e strutture che esigono conformità (...) ad un contesto ove si dà rilievo ai principi costituzionali interni e comunitari, norme spesso prive di una fattispecie che non consentono un bilanciamento di valori diversi». Con l'ulteriore conseguenza che «l'asse della giuridicità si sposta dall'assolutismo della legge alla centralità dell'interprete», nella consapevolezza che il diritto risulta sempre più spesso scritto da soggetti diversi, non solo dalla legge, ma anche dai giudici, dalle *Authorities*, dalla dottrina e dai privati. Inoltre, l'Autore in esame osserva che se, da un lato, questi profili di eteronomia del contratto possono minare il fondamentale valore della certezza del diritto, dall'altro lato, questa è anche l'occasione per avviare «una riflessione attenta su come applicare diritti, principi e clausole generali in base a fonti giuridiche che diversificano le posizioni soggettive dei privati e inducono a percepire le differenze e la fonte generatrice delle diseguaglianze», poiché è proprio in questo necessario contemperamento tra valori e principi che va scorto e svolto concretamente il tema della giustizia contrattuale. Queste considerazioni, inoltre, vanno inserite in un più generale contesto di analisi, rappresentato dalla consapevolezza della fine della fattispecie e di un diritto basato sulla prevedibilità e sull'astrattezza. Questa presa di coscienza non chiama l'interprete fuori da ogni gioco, ma, al contrario, lo stimola a nuove sfide e anzi esige che «il passaggio dalla legge ai principi e ai valori adotti i modi e le tecniche di una nuova argomentazione giuridica (...)».

dell'opera interpretativa del giudice.

Nell'impossibilità di approfondire oltre, in questa sede, il tema in esame, una considerazione è, però, d'obbligo. È certo che, ammettendo un'integrazione suppletiva per il tramite di principi costituzionali (e non solo), il regolamento contrattuale verrebbe a essere arricchito di una serie di obblighi (e diritti) ulteriori, desumibili da quelli, a completamento dei diritti e degli obblighi già pattuiti dalle parti.

Se, da un lato, tale impostazione aprirebbe spazi di discrezionalità giudiziaria indubbiamente molto ampi, essendo rimessa al giudice la determinazione del contenuto di siffatti obblighi (e diritti)⁴⁹⁵; dall'altro, questa stessa circostanza non ci pare molto lontana dal problema dell'integrazione del contratto mediante la clausola generale di buona fede, quale riconosciuta fonte di ulteriori obblighi a carico delle parti.

Questa considerazione offre il destro per estendere la riflessione alla questione – centrale ai fini del presente lavoro - del rapporto tra l'art. 1374 c.c. e il successivo art. 1375 c.c., ossia, appunto, alla possibilità di ricomprendere, tra le fonti integrative, anche la clausola generale di buona fede.

2.2 (segue) I rapporti tra la fonte legale ex art. 1374 c.c. e la buona fede ex art. 1375 c.c..

L'art. 1375 c.c. sulla buona fede *in executivis* si colloca subito dopo la disciplina generale delle fonti di integrazione del contratto. Entrambe le disposizioni, quindi, sono inserite nella parte dedicata agli effetti del contratto. Questo significa che esse sono sicuramente da leggere in coordinamento tra loro, tanto è vero che attenta dottrina ha ritenuto di ravvisare, nel loro

⁴⁹⁵ In senso molto critico circa la possibilità di integrare il contratto mediante un'applicazione diretta di un principio costituzionale, G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit., p. 22-23; ID., *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, 3, p. 443 ss., secondo il quale, il rischio che si nasconde dietro tale impostazione sarebbe quello di «aprire la “costruzione” del regolamento contrattuale a soluzioni la cui possibile (opinabilità e) “variabilità” sarebbe (per la sua ampiezza) probabilmente incompatibile con un “grado tollerabile di incertezza” circa l'effettivo contenuto del rapporto contrattuale». In particolare, questa impostazione esclude tanto la possibilità di invocare direttamente i principi in presenza di lacuna normativa, quanto la possibilità di trarre dalle norme costituzionali il contenuto delle clausole generali. Ciò al fine di evitare che il giudice possa «(argomentando sulla base di principi costituzionali) creare “diritti nuovi” (o affermare nuove forme di tutela per quelli esistenti) sostituendosi alla politica e “anticipando” soluzioni la cui mancata adozione da parte del legislatore non sia tanto dovuta ad una consapevole inerzia quanto piuttosto alla circostanza che quelle soluzioni non sono ancora “mature”». Sul tema si vedano anche: C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., p. 15-87; N. IRTI, *Un diritto prevedibile*, Torino, 2016; L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. Giust.*, 2016, 4, p. 1 ss., il quale muove una dura critica al c.d. neocostituzionalismo, cioè alla tendenza ad ampliare i poteri del giudice per effetto di un utilizzo indiscriminato dell'interpretazione conforme.

combinato disposto, una sorta di “sistema” dell'integrazione degli effetti del contratto⁴⁹⁶.

Nel contempo, gli artt. 1374 e 1375 c.c. vanno tenuti distinti, regolando fenomeni eterogenei: il primo si occupa dell'integrazione, mentre il secondo riguarda l'esecuzione del contratto. In particolare, la funzione della buona fede non si esaurisce solo in quella di fonte di integrazione del regolamento contrattuale, ma pone anche limiti in sede di esecuzione del contratto, al fine di controllare l'esercizio della autonomia negoziale.

Proprio sulla base di questa eterogeneità, parte della dottrina, oggi minoritaria, nega la possibilità di invocare la buona fede in materia di integrazione del contratto, ritenendo che essa afferisca non al piano del contenuto del contratto, ma al piano della sua corretta attuazione, presupponendo una fattispecie già completa⁴⁹⁷.

Questa tesi fa leva, soprattutto, sul dato normativo. Il codice attuale, infatti, ha scisso la norma sulla buona fede dalla norma sull'integrazione, prendendo le distanze dall'impostazione del codice previgente che, sulla scia del *code Napoléon*, disciplinava in un'unica norma, l'art. 1124 c.c. abrogato, tanto l'esecuzione del contratto secondo buona fede, quanto l'integrazione secondo la legge, gli usi e l'equità. Anzi, secondo questa impostazione, l'operazione di esecuzione precedeva, logicamente, l'operazione integrativa.

Il fatto che nel codice attuale, invece, la buona fede sia stata separata dalla disciplina dell'integrazione ha indotto taluno a ritenere che la prima non possa essere più assunta a fonte di integrazione del contratto. In questa prospettiva, difatti, la buona fede, costituendo il criterio da osservare nell'esecuzione del contratto, verrebbe in considerazione in un momento logicamente successivo a quello della esatta individuazione del suo contenuto, trattandosi di due fasi caratterizzate da diversi criteri di giudizio⁴⁹⁸.

Questa impostazione, oggi, ci appare superata, a partire da un decisivo studio sulle fonti di integrazione del contratto, in cui è stato messo in evidenza che la buona fede ben può rilevare come fonte primaria di integrazione del rapporto, costituendo uno dei principi fondanti del nostro ordinamento, *sub specie* di fonte legale *ex art.* 1374 c.c.⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ Il riferimento è al già citato S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 117 ss., il quale si è posto il problema del carattere tassativo delle fonti di integrazione, proponendo, per primo, una lettura sistematicamente congiunta delle due disposizioni in esame.

⁴⁹⁷ Cfr. U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974, p. 27 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. civ.*, II, Torino, 1988, p. 154 ss.; EAD., *L'interpretazione del contratto*, in *Comm. Schelsinger*, Milano, 1991, p. 13 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991, p. 361 ss..

⁴⁹⁸ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, p. 374 ss.; ID., *L'integrazione*, cit., p. 1019 ss.; F. GAZZONI, *Equità e integrazione del contratto*, cit., p. 286.

⁴⁹⁹ Il riferimento è al già citato S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 176 ss.. In linea con questa nuova lettura si vedano anche: V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 259 ss.; C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., p. 205 ss.; F. GALGANO, *sub art. 1374*, cit., p. 97 ss.. Anche la giurisprudenza, oramai, aderisce pacificamente a questa ricostruzione: Cass., 14 febbraio 1986, n. 873, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1672 ss., con nota di M. LIPARI, *L'oggetto dell'opzione di vendita e la determinazione del prezzo rinviata a un successivo accordo tra le parti*; Cass., 9 aprile 1997, n. 3480, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, c. 1609; Cass., 20 agosto 1992, n. 9719, in *Foro it.*, 1993, I, c. 2173 ss.; Cass., Sez. Un.,

Due gli argomenti a sostegno di questa posizione.

Si ritiene, innanzitutto, che il carattere tassativo dell'elenco di fonti di cui all'art. 1374 c.c. non possa costituire un ostacolo alla possibilità di ricomprendere la buona fede tra gli strumenti integrativi del contratto. Difatti, «*dire che l'elencazione contenuta in una norma è di carattere tassativo, significa semplicemente che un ampliamento di quell'elenco può essere effettuato soltanto da una norma di legge*». Questo non toglie, dunque, che rimanga aperta «*la possibilità di individuare altre norme di legge, contenenti ulteriori indicazioni relative all'integrazione*».

Tra queste “*altre norme di legge*”, allora, ben potrebbe essere ricompreso l'art. 1375 c.c. sulla buona fede, «*la cui considerazione legislativa non può essere messa in dubbio*»⁵⁰⁰.

In secondo luogo, non sarebbe di ostacolo alla ricostruzione in esame neppure lo “spacchettamento”, in due articoli diversi, della fattispecie di integrazione e della fattispecie di esecuzione del contratto. In realtà, tale distinzione non farebbe altro che riprodurre quella contenuta, in origine, nel *code Napoléon*, in cui l'integrazione trovava disciplina in una norma successiva (l'art. 1135 *code civil*) rispetto a quella recante la disciplina dell'esecuzione di buona fede, di cui all'art. 1134, al. 3, *code civil*.

Gli stessi lavori preparatori del *Code Napoléon* sottolineano, esplicitamente, il carattere unitario della disciplina.

Storicamente, la distinzione tra le due disposizioni viene poi recepita dai codici italiani pre-unitari, per scomparire nel codice civile del 1865, senza che, però, sia dato dedurre, dai relativi lavori preparatori, la reale volontà del legislatore di innovare l'impostazione tradizionale. Tanto è vero che essa torna a manifestarsi nel codice del 1942, senza che vengano offerti chiarimenti riguardo questa presunta novità.

Le considerazioni svolte dovrebbero essere sufficienti, allora, a ritenere che «*gli artt. 1374 e 1375 sono due regole che in realtà si integrano*»⁵⁰¹.

Conseguentemente, la buona fede, pur non essendo specificamente richiamata dall'art. 1374 c.c. può essere considerata, a pieno titolo, una fonte di integrazione del contratto, per effetto del rinvio che quell'articolo fa alla legge quale principale strumento integrativo⁵⁰².

28 ottobre 1995, n. 11312, in *Giur. it.*, 1996, I, 1 c., p. 1082 ss..

⁵⁰⁰ Sono le parole di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 118 ss..

⁵⁰¹ Così L. BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1948, p. 248 ss.. In tal senso, si vedano anche: M. GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, (anno acc. 1955-1956), Bologna, p. 176; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 230.

⁵⁰² Parte della dottrina osserva, in senso critico, ma non condivisibile, che tale impostazione non terrebbe conto del significato che il richiamo alla “legge” ha nell'art. 1374 c.c., in quanto essa non va intesa come generico richiamo ad una normativa desumibile per analogia o da principi generali dell'ordinamento. Il richiamo alla legge dovrebbe essere inteso, piuttosto, come richiamo alla legge puntuale. «Voler invece inserire tra le fonti di integrazione della regola la normativa di correttezza vuol dire utilizzare in maniera errata il richiamo operato alla legge, dal momento che l'esistenza di una normativa di correttezza (...) potrà giustificare una utilizzazione più estesa del principio di buona fede nella fase esecutiva, fino a ricomprendervi anche rapporti

Peraltro, come ulteriore elemento di sostegno al riconoscimento della funzione integrativa della buona fede, non si può prescindere dal considerare il dato europeo: tale funzione è, infatti, riconosciuta dal diritto europeo non solo nell'ambito del dibattito dottrinario⁵⁰³, ma anche a livello normativo. A quest'ultimo riguardo, si ricorda che l'art. 23, comma 1, CESL riconosce alla buona fede la funzione di fonte degli obblighi precontrattuali di informazione; mentre l'art. 68, comma 1, lett. c), CESL attribuisce alla buona fede un ruolo nell'integrazione suppletiva.

Quest'ultima disposizione, in particolare, è molto significativa. Essa è rubricata “Clausole contrattuali implicite” e recepisce la disciplina anglosassone degli “*implied terms by fact*”⁵⁰⁴. Si tratta di clausole che le parti hanno sottinteso includere nel regolamento e che si ammette possano colmare la lacuna originaria: quest'ultima, in tal modo, viene integrata con una pattuizione che risulta essere espressione fedele di «quanto le parti avrebbero probabilmente concordato se avessero disciplinato la questione» (art. 68, § 2).

Disposizioni di analogo tenore possono essere ravvisate anche nell'art. 5.1.2 dei Principi *Unidroit* e nell'art. II-9:101 del DCFR⁵⁰⁵. Come è stato osservato, quest'ultimo testo mostra come «*i judicial implied terms mimano sì la funzione propria delle default rules seguendo però una proiezione che nel contempo meglio assecondi il concreto assetto degli interessi*»⁵⁰⁶.

obbligatoria di origine non contrattuale, ma non potrà certamente legittimare un intervento come quello integrativo, ex articolo 1374 c.c., il quale è affidato tecnicamente a norme di legge espresse e puntuali». Così F. GAZZONI, *Equità e interpretazione del contratto*, cit., p. 286-287.

⁵⁰³ Cfr. S. WHITTAKER, R. ZIMMERMAN (a cura di), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000; M.W. HESSELINK, *The Concept of Good Faith*, in Hartkamp, Hesselink, Hondius, Mark e du Perron, *Towards a European Civil Code*, Expandend Edition, New York, 2011, p. 619 ss..

⁵⁰⁴ Per una ricostruzione di questo istituto si rinvia a F. CASTRONOVO, *Autonomia contrattuale e disponibilità dell'integrazione. La merger clause dal diritto americano a quello italiano*, Torino, 2017. L'espressione “*implied terms*” allude a clausole che esprimerebbero una presunta volontà delle parti idonea a costituire il contenuto del contratto, ossia «ciò che le parti, secondo l'opinione dei giudici, avrebbero voluto, ma non avevano detto». L'istituto si afferma nel *common law* come strumento per «costruire il *contract* come il regolamento più largo possibile degli interessi delle parti, ricavabile dalla combinazione di fattori sia espressi che inespressi, questi ultimi quanto logicamente o normativamente implicati dalla natura o dall'oggetto dell'accordo» (così C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. II, *Proprietà, Obbligazioni Contratti*, Milano, 2007, p. 694). Lo strumento dei c.d. *implied terms* è stato poi fatto proprio dalla Proposta di regolamento per un “Diritto comune europeo della vendita”. In base all'art. 68, § 2, CESL, la clausola che si presume implicita deve essere tale da attuare, nella misura del possibile, quanto le parti avrebbero probabilmente concordato, se avessero disciplinato la questione. L'operatività della clausola contrattuale implicita, dunque, presuppone la presenza di un regolamento incompleto in relazione a circostanze sopravvenute. È chiaro che, per dare contenuto alla clausola contrattuale implicita, in mancanza di una norma di diritto dispositivo, si dovrebbe rimettere al giudice il compito di integrare il contratto, secondo quanto le parti avrebbero concordato, se avessero disciplinato quell'aspetto del regolamento senza l'abuso di libertà contrattuale da parte del professionista.

⁵⁰⁵ Per un'analisi attenta di tali disposizioni si veda A. FRIGNAI, M. TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, Padova, 2010, p. 268 ss..

⁵⁰⁶ Si rinvia a S. PAGLIANTINI, *Appunti a margine di Cass.*, n. 9735/2013: *l'art. 1374 e la lacuna sopravvenuta*, cit., p. 189-190, il quale spinge oltre la riflessione - come si vedrà meglio nel prosieguo - per evidenziare che, poiché il fenomeno dei *judicial implied terms* non sembra essere letteralmente legato a un tipo specifico di incompletezza, la disposizione in esame lascerebbe «intravedere in controluce come dovrebbe essere il regolamento ove la lacuna risultasse occasionata da un'abusività della clausola (art. 86, quanto ai contratti *b2b*)». Da qui, il seguente interrogativo: «se l'integrazione del rapporto contrattuale geneticamente incompleto avviene interpolando una clausola *che simula un esercizio bilaterale della libertà*

Benché le disposizioni da ultimo richiamate facciano riferimento allo specifico tema delle condizioni implicite del contratto, che non trova pacifico riconoscimento nel nostro ordinamento, l'analisi del dato normativo eurounitario appare, comunque, significativa nel confermare la centralità della buona fede quale fonte di integrazione del regolamento, da tenere distinta rispetto all'equità.

Una volta chiarita la possibilità di considerare la buona fede uno strumento di interpolazione del contratto, il problema logicamente successivo che si pone è, semmai, quello di stabilire in che modo questa clausola generale realizzi tale operazione.

È ormai pacifico che dal principio di buona fede possa scaturire una pluralità di doveri accessori, che accompagnano l'obbligazione principale, anche laddove essi non siano specificamente previsti dal contratto o dalla legge⁵⁰⁷.

Nel concretizzare la portata di questo principio è stata fondamentale l'opera della giurisprudenza, la quale, riconnettendo la buona fede ai doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., afferma che questa impone alle parti non solo di comportarsi in modo corretto, ma anche di attivarsi positivamente per salvaguardare l'interesse della controparte. Ne consegue che la buona fede si traduce «*nel dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell'interesse della controparte e ponendosi come limite di ogni situazione, attiva e passiva, negozialmente attribuita, determinando così integrativamente il contenuto e gli effetti del contratto*»⁵⁰⁸.

Tra gli obblighi accessori che discendono dal principio di buona fede vengono in considerazione, soprattutto, i c.d. obblighi di protezione⁵⁰⁹, che si traducono nel dovere dei

contrattuale, tanto è vero che la tecnica degli *implied terms* è esclusa quando “le parti [abbiano] deliberatamente omesso di disciplinare la questione” (art. 68, § 3), perché non supporre che, se l'espunzione è causata da una predeterminazione unilaterale abusiva, in danno di un aderente che sia una PMI, il materiale negoziale sostitutivo sia tutt'uno con quanto si sarebbe dovuto convenire nel rispetto delle buone prassi commerciali (art. 86, § 1)?». Per tale via, il contratto costituisce, certamente, oggetto di un'attività di interpolazione per mano del giudice, ma questo assicurerebbe la conservazione dello stesso, integrato «*col quid che le parti davvero avrebbero dovuto volere*». Cfr. anche E. SCODITTI, *Caducazione della clausola vessatoria e sopravvivenza del contratto: ricorso alla clausola implicita?*, in *www.giustiziavivile.com*, p. 3 ss..

⁵⁰⁷ Autorevole dottrina (cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, p. 96 ss., L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e «obbligazioni di «mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 226 ss.), suggerisce di distinguere tre categorie di obblighi: gli obblighi secondari di omissione, gli obblighi integrativi strumentali e gli obblighi di protezione. Per una rilettura attenta del tema si rinvia a F. PIRAINO, *L'integrazione del contratto e il precetto di buona fede*, in AA.VV., *Correzione e integrazione del contratto*, a cura di F. Volpe, Bologna, 2016, a cura di F. Volpe, Bologna, 2016., p. 236 ss..

⁵⁰⁸ Cfr. Cass., 5 novembre 1999, n. 12310, in *Mass. Giust. civ.*, 1999; Cass., 16 novembre 2000, n. 14685, in *Corr. giur.*, 2001, p. 762 ss.; Cass., 16 ottobre 2002, n. 14726, in *Danno e resp.*, 2003, 2, p. 174 ss.; Cass., 15 marzo 2004, n. 5240, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1397 ss.; Cass., 7 giugno 2006, n. 13345, in *Rep. Foro it.*, 2006; Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *www.personaemercato.it*; Cass., 10 novembre 2010, n. 22819, in *Vita not.*, 2011, p. 357 ss..

⁵⁰⁹ La teoria degli obblighi di protezione è stata recepita nel nostro orientamento dietro lo studio della categoria delle *Schutzpflichten*, prospettata dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca a partire dalla clausola generale di buona fede di cui al § 242 BGB. Tale elaborazione teorica rappresentava la risposta degli interpreti alla lacunosità del testo originario del BGB in materia di responsabilità contrattuale, in cui l'inadempimento figurava nella rigida alternativa tra impossibilità (materiale o giuridica) della prestazione e mora. Cfr. H.

contraenti di impedire che, nel corso dell'esecuzione del contratto, si producano, reciprocamente, danni alla persona o alle cose della controparte.

Pur non potendoci soffermare *funditus*, in questa sede, sul tema in esame, ci pare opportuno ricordare che parte della dottrina interpreta la categoria degli obblighi di protezione come una conferma dell'ammissibilità della funzione integrativa della buona fede: tale clausola generale concorrerebbe, infatti, a completare il contenuto del regolamento contrattuale con una serie di obblighi integrativi, benché non previsti dalle parti, né dalla legge.

Tanto sarebbe possibile, appunto, in quanto i suddetti obblighi integrativi non sarebbero altro che uno sviluppo e una specificazione del contenuto della prestazione principale del contratto⁵¹⁰. Per tale via, l'ordinamento garantisce che il regolamento contrattuale venga ridefinito secondo una operazione di autointegrazione, in maniera tale da assicurare l'utilità avuta di mira da ciascuna parte. L'integrazione mediante buona fede consente, dunque, di ricavare la regola completiva dallo stesso regolamento contrattuale, sviluppando i contenuti

STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in 136 *AcP*, 1932, p. 257 ss.; ID., *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, Tübingen, 1936, p. 27 ss.; U. HUBER, *Leistungsstörungen*, I, Tübingen, 1999, p. 141 ss.; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil* 14, München, 2003, p. 26 ss.. Nella dottrina italiana, il tema è stato studiato, *ex multis*, da: E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*. I, cit., p. 68 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni di «risultato» e «obbligazioni di «mezzi»*, cit., p. 368 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Novissimo Dig.*, XV, Torino, 1968, 670 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 143 ss.; ID., voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.; A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Eu. dir. priv.*, 2000, p. 1 ss.; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, 66 ss.; F. VENOSTA, *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 841 ss.; MAZZAMUTO, *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, Torino, 2015, p. 73 ss.. In giurisprudenza, la teoria è stata accolta da: Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, p. 769 ss., con nota di P. LAGHEZZA, *Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*; in *Corr. giur.*, 2001, p. 1565 ss., con commento di V. MARICONDA, *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*; in *Contr.*, 2002, p. 113 ss., con commento di U. CARNEVALI, *Inadempimento e onere della prova*; Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Foro it.*, 2008, 10, I, p. 2968 ss.; in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2008, 5, II, p. 567 ss., con nota di N. CIOCCA, *Responsabilità della banca girataria per l'incasso per il pagamento di assegno (di traenza) non trasferibile*; in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1, p. 161 ss., con nota di N. MUCCIOLI, *La disciplina dell'assegno non trasferibile tra responsabilità e indebito*; Cass., 10, novembre 2010, n. 22819, in *Resp. civ.*, 2011, p. 752 ss., con nota di C. FIN, *Illegittimità del protesto e risarcimento del danno non patrimoniale per violazione del dovere di protezione nei confronti del correntista*; Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Foro it.*, 2008, I, p. 2968; in *Corr. giur.*, 2007, con nota di A. DI MAJO, *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*; in *Giur. it.*, 2008, p. 1152 ss., con nota di G. COTTINO, *Dalle Sezioni Unite alle Sezioni semplici: precisazioni (e dubbi) in tema di responsabilità per il pagamento di assegno bancario (trasferibile e non) a soggetto non legittimato ad esigerlo*.

⁵¹⁰ Cfr. C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 506 ss., il quale ritiene di individuare cinque applicazioni fondamentali della buona fede: a) casi in cui vengono configurati doveri in più rispetto a quelli previsti; b) casi in cui occorre apportare delle modifiche alla propria prestazione; c) casi in cui occorre tollerare lievi difformità nell'adempimento altrui; d) casi in cui sorgono doveri di documentazione; e) casi in cui viene limitato l'esercizio di facoltà discrezionali. In questa prospettiva, gli obblighi di protezione rientrerebbero nella prima delle cinque applicazioni ipotizzate. Cfr. anche P. GALLO, *Il contratto*, Torino, 2017, p. 647-648, il quale ritiene, invece, che le applicazioni fondamentali della buona fede siano essenzialmente due: da un lato, può fondare doveri reciproci di collaborazione anche attiva nell'esecuzione del contratto; dall'altro, può costituire un limite all'esercizio dei diritti. Nel primo caso, si parla, propriamente, di doveri protezione, all'interno dei quali è possibile ricondurre plurime ipotesi, tra cui, si segnala, il dovere di rinegoziare il contratto nei casi di sopravvenienza contrattuale.

delle altre pattuizioni che lo compongono⁵¹¹.

In questa prospettiva, allora, il ruolo del giudice, qui, si limita a richiamare le parti al rispetto del dovere di protezione, alla luce del quale puntualizzare il contenuto della pattuizione carente, secondo l'assetto di interessi divisato dalle parti e le specificità del caso concreto.

Quanto detto è senz'altro vero. Si potrebbe, però, obiettare che questo non basta a circoscrivere la discrezionalità giudiziaria, atteso l'alto grado di incertezza giuridica che si riconnette a un'operazione integrativa basata sull'impiego di una clausola generale come la buona fede.

A ben vedere, questo problema non è poi molto lontano da quello, sopra accennato, circa la portata integrativa da ascrivere a principi costituzionali o europei. Anche su questo aspetto sussistono letture divergenti.

Secondo taluni, l'integrazione mediante clausole generali creerebbe meno incertezze rispetto all'impiego dei principi. È ben vero che, in entrambe le situazioni, la regola da applicare al caso concreto non preesiste astrattamente allo stesso, come schema in cui sussumere le singole vicende, bensì necessita di essere ricavata da quello. Tuttavia, si ritiene che, nel caso della clausola generale, la concretizzazione della regola non passi per il medio di un'attività di bilanciamento con altri valori ordinamentali. In ciò starebbe la differenza rispetto ai principi, la cui concretizzazione richiede il bilanciamento con altri principi rilevanti nella fattispecie concreta⁵¹².

⁵¹¹ In realtà, anche questo aspetto, dato da noi per assunto, non appare così pacifico in dottrina, atteso che quest'ultima si divide circa il *modus operandi* della buona fede integrativa. Secondo una prima posizione, tale integrazione avrebbe carattere cogente, in quanto la buona fede è una clausola espressiva di valori costituzionali esterni al regolamento contrattuale, il cui rispetto si impone alle parti. Ciò al fine di evitare il rischio di una deroga convenzionale alla buona fede. In tal senso si vedano: C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, cit., p. 206 ss.; A. DI MAJO, sub art. 1175, *Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. al codice civile Scialoja-Branca*, sub artt. 1173-1176, Bologna-Roma, 1988, p. 334 ss.; A. FEDERICO, *Nuove nullità ed integrazione del contratto*, cit., p. 345. Un diverso orientamento, invece, attribuisce alla clausola generale il ruolo di fonte suppletiva, in quanto essa consentirebbe di esprimere valori interni al contratto, in linea con il principio *pacta sunt servanda*. Sono di quest'ultimo avviso: E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., p. 77 ss.; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p. 6 ss.; A. D'ANGELO, *La buona fede*, in M. Bessone (a cura di), in *Trattato di diritto privato*, vol. XIII, tomo IV, Torino, 2004, p. 45 ss., il quale osserva che, in tal modo, l'integrazione mediante buona fede assicurerebbe l'«arricchimento della disciplina convenzionale mediante una regola che risolva, alla stregua della buona fede, un determinato e concreto conflitto di interessi non originariamente previsto e disciplinato», in linea con l'economia complessiva dell'operazione desumibile dall'assetto di interessi divisato dal singolo regolamento.

⁵¹² Cfr. G. D'AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, cit., p. 11 ss., il quale osserva che possono essere considerate *regula iuris* in senso proprio solo quelle disposizioni che non contengano, nell'enunciato normativo, clausole generali. Per queste ultime, infatti, la individuazione della *regula iuris* è inscindibile dalla valutazione del caso concreto, similmente a quanto accade per i principi. Tuttavia, l'applicazione delle clausole generali renderebbe meno incerta l'integrazione del contratto in quanto «la tecnica di “concretizzazione” delle clausole generali non è (necessariamente) quella del “bilanciamento”, e, comunque, non implica la possibilità che il “valore” di cui la clausola generale è espressione sia suscettibile di una attuazione “graduata” (e, dunque, variabile) in relazione alla presenza di altri principi (o regole) che risultano rilevanti». In tema, si veda anche: F. DI MARZIO, *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 339 ss..

Da queste considerazioni è possibile, allora, formulare una considerazione: benché la clausola generale non offra una regola generale e astratta entro cui sussumere il caso di specie, essa, comunque, è in grado di fungere da fonte di integrazione del contratto. Sottraendosi dal meccanismo del bilanciamento proprio dei principi, la clausola generale consente di individuare una regola maggiormente certa, in quanto essa si concretizza in relazione alle circostanze fattuali afferenti al regolamento contrattuale. Di conseguenza, il margine per desumere la regola integrativa appare più circoscritto e definibile.

2.3 (segue) Gli usi e l'equità quali fonti integrative sussidiarie.

In mancanza della volontà espressa delle parti o di disposizioni di legge, l'art. 1374 c.c. richiama, in via suppletiva, gli usi e l'equità.

Quanto agli usi, il loro ruolo di fonte integrativa sussidiaria è coerente con l'unificazione del codice del commercio al codice civile del 1942, che ha generalizzato, nella disciplina dei rapporti contrattuali, la sottordinazione gerarchica di quelli rispetto alla legge⁵¹³.

In via generale, autorevole dottrina definisce gli usi come «*norme non scritte che un ambiente sociale osserva costantemente nel tempo come norme giuridicamente vincolanti*»⁵¹⁴. Giova, però, precisare che molteplici sono i tipi di usi conosciuti dall'ordinamento, potendosi distinguere tra gli usi normativi, considerati vere e proprie fonti del diritto ex artt. 1 e 8 disp. prel. c.c.; gli usi negoziali, cioè le consuetudini o le clausole contrattuali generalmente in uso in un certo ambito contrattuale⁵¹⁵; gli usi individuali, cioè le abituali pratiche contrattuali afferenti allo specifico rapporto tra i contraenti.

Tuttavia, tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza, si ritiene, oggi, pacifico che il concetto di “usi”, quali fonti integrative del contratto, vada circoscritto ai soli usi normativi,

⁵¹³ Già l'art. 1 del codice di commercio stabiliva che «In materia di commercio si osservano le leggi commerciali. Ove queste non dispongano, si osservano gli usi mercantili». Inoltre, tuttora, l'art. 1 del codice della navigazione prevede che «In materia di navigazione, marittima, interna ed aerea, si applicano il presente codice, le leggi, i regolamenti, le norme corporative e gli usi ad essa relativi». A seguito dell'unificazione del codice civile e del codice commerciale, dunque, si è realizzata una tendenziale uniformazione del regime degli usi normativi, a prescindere dal carattere civile o commerciale della materia di applicazione. Per un primo studio su queste disposizioni, si veda A. FORMIGGINI, *Gli usi commerciali e il codice civile*, Bologna, 1949.

⁵¹⁴ Così C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 517.

⁵¹⁵ Tra gli usi negoziali, un ruolo sempre più centrale stanno assumendo gli usi del commercio internazionale, la cui funzione è quella di assicurare l'uniformazione del diritto privato nei vari ordinamenti europei. Ciò è avvenuto grazie alla compilazione dei “Principi dei contratti commerciali internazionali” redatta dall'*Unidroit* a partire dal 1994. Tanto è vero che si parla, in dottrina, di un “nuovo *ius mercatorum*”. Sul tema si vedano: F. GALGANO, *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993, p. 217 ss.; F. FERRARI, *I “principi per i contratti commerciali internazionali” dell'Unidroit e il loro ambito di applicazione*, in *Contr. e impr. - Eu.*, 1996, p. 300 ss..

non anche agli usi negoziali o individuali⁵¹⁶. Pertanto, in modo simmetrico agli usi e alle consuetudini fonti del diritto di cui all'art. 8 disp. prel. c.c., gli usi di cui all'art. 1374 c.c. possono atteggiarsi in duplice forma: possono essere usi *praeter legem*, se operano in materie non regolate a livello legislativo, o usi *secundum legem*, per le materie in cui la legge li richiama espressamente⁵¹⁷.

In tal modo circoscritti, gli usi fonte di integrazione del contratto vengono tenuti distinti dagli usi negoziali a cui farebbe riferimento l'art. 1340 c.c.: questi vengono inseriti nel contratto, in sede di formazione dello stesso, al pari di qualunque altra clausola contrattuale che si aggiunge alle clausole previste dai contraenti, ove non risulti che non siano stati da loro voluti⁵¹⁸.

Gli usi negoziali, pertanto, differentemente dagli usi normativi, consistono «*nella semplice reiterazione di comportamenti ad opera delle parti di un rapporto contrattuale, indipendentemente non solo dall'elemento psicologico, ma anche dalla ricorrenza del requisito della generalità*»⁵¹⁹.

⁵¹⁶ In dottrina si vedano: A. ASQUINI, *Usi legali e usi negoziali*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, p. 365 ss.; A. PAVONE, E. LA ROSA, *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1961, p. 513 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 1190 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, p. 57 ss.. In giurisprudenza si ricordano: Cass. 26 settembre 1977, n. 4093, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, p. 2098; Cass., 17 febbraio 2000, n. 1773, in *Arg. dir. lav.*, 2009, p. 759 ss.; Cass., 13 marzo 2002, n. 8442, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 2109 ss.; Cass., 6 marzo 2007, n. 5135, in *Rep. Foro it.*, 2007.

⁵¹⁷ L'esempio di uso normativo forse più importante ex art. 1374 c.c. è rappresentato dagli usi bancari. Tali sono le consuetudini nei rapporti tra banca e cliente, caratterizzate dalla ripetitività nel tempo e dalla *opinio iuris ac necessitatis*. Si pensi al c.d. segreto bancario, che rappresenta un tipico caso di consuetudine *praeter legem*. Tale uso svolge una funzione integrativa del contratto bancario, implicando l'obbligo della banca di non rivelare agli altri ciò che concerne il cliente e che deve restare segreto (cfr. Cass., 18 luglio 1974, n. 2147, in *Foro it.*, 1975, I, p. 1451 ss., con nota di L. SECCHI TARUGI, *In tema di segreto bancario*; in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1975, II, p. 143 ss., con nota di N. MAZZACUVA, *L'obbligo al segreto bancario e la sua rilevanza in sede penale*). Un esempio di uso normativo *secundum legem*, invece, è rappresentato dall'anatocismo, cioè da quella pratica dal carattere generale e costante nel tempo che consente, in deroga all'art. 1283 c.c., che gli interessi scaduti producano altri interessi, indipendentemente dai presupposti fissati da quella disposizione; la quale, quindi, disciplina l'anatocismo in mancanza di usi contrari. Dagli usi (normativi) bancari così descritti vanno tenute distinte le c.d. norme bancarie uniformi predisposte dall'A.B.I., trattandosi di condizioni generali di contratto ex artt. 1341 e 1342 c.c.: esse, infatti, sono volte a regolare, in maniera uniforme, i contratti che le banche possono concludere con i clienti (cfr. Cass., 26 ottobre 1968, n. 3572, in *Foro it.*, 1968, I, p. 2663 ss.). Sul tema, in generale, si rinvia a: A. GIULIANI, *L'integrazione del contratto*, cit., p. 146-147; F. MACARIO, sub art. 1374, cit., p. 713 ss..

⁵¹⁸ In realtà, la distinzione tra usi normativi e usi contrattuali è stata, a lungo, controversa in dottrina. Secondo l'orientamento tradizionale, non sarebbe possibile ravvisare alcuna differenza tra le due tipologie di usi, poiché anche le clausole d'uso ex art. 1340 c.c. sarebbero riconducibili al *genus* degli usi normativi (cfr. L. MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale*, I, Padova, 1942, p. 122 ss.; G. OPPO, *Profili della interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943; M. FRAGALI, *Obbligazioni*, in *Comm. al codice civile*, diretto da D'Amelio e D'Avanzo, Firenze, 1948, I, p. 372 ss.; E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, cit., p. 273 ss.). Secondo un diverso orientamento, tanto gli usi normativi quanto quelli negoziali sono da considerarsi pratiche generali e costanti; la differenza starebbe, unicamente, nel fatto che solo i primi sono assistiti dal requisito soggettivo dell'*opinio iuris ac necessitatis* (cfr. A. ASQUINI, *Usi legali e usi negoziali*, cit., p. 363 e 375 ss.). Vi è, infine, una terza posizione sostenuta da quanti tendono ad assimilare gli usi negoziali agli usi individuali, in contrapposizione agli usi normativi (cfr. A. GENOVESE, *Gli usi nella disciplina dei contratti commerciali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 368 ss.; A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., p. 152 ss.).

⁵¹⁹ Cfr. Cass., 16 marzo 1999, n. 2374, e Cass., 30 marzo 1999, n. 3096, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1154, con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Sulla capitalizzazione trimestrale degli interessi corrisposti alla banca*; in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1585, con nota di M. COSTANZA, *Anatocismo: la svolta della Cassazione*; in *Corr.*

Tale distinzione concettuale non è puramente teorica, ma ha una importante ricaduta applicativa. Difatti, gli usi negoziali in esame, differentemente dagli usi normativi dell'art. 1374 c.c., possono derogare alle norme dispositive, non collocandosi tra le fonti di produzione del diritto; gli usi normativi, invece, in tanto possono fungere da fonti di integrazione del contratto, in quanto manchino norme imperative o dispositive applicabili, non potendo mai integrare il contratto *contra legem*⁵²⁰.

Ci pare opportuno precisare, altresì, che l'art. 1374 c.c. non è l'unica disposizione a fare riferimento agli usi. Quest'ultima contiene un richiamo generale agli usi normativi come fonte di integrazione del contratto. Ma, accanto ad essa, vi sono una serie di disposizioni ulteriori, recanti la disciplina legale del contratto, in cui si fa riferimento agli usi: si pensi agli usi richiamati per determinare termini o limiti o modalità del procedimento di formazione del contratto (art. 1326, comma 2, art. 1333, comma 2, c.c.) o della diffida ad adempiere (art. 1454, comma 2, c.c.) o della risoluzione della vendita per vizi (art. 1492 c.c.); nonché agli usi previsti per determinare le prestazioni contrattuali, come il luogo di consegna del bene venduto (art. 1510, comma 2, c.c.) o il termine di pagamento del prezzo (art. 1498, comma 2, c.c.) o il compenso dovuto al mandatario (art. 1709 c.c.).

In mancanza di rinvii specifici, l'applicabilità degli usi in materia contrattuale è, comunque, garantita, in via generale, dall'art. 1374 c.c., benché essi abbiano un ambito di operatività particolarmente circoscritto: è strettamente limitato, come visto, ai casi in cui sussista una lacuna della disciplina legale, non potendo tale fonte prevalere sulla legge.

Da queste brevi riflessioni sulla disciplina degli usi normativi è dato desumere una prima considerazione: le lacune presenti nel regolamento contrattuale possono essere colmate non solo attraverso l'innesto della disciplina legale violata o abusivamente derogata; ma l'ordinamento prevede anche uno strumento integrativo non legale, rappresentato dalla consuetudine che, in via residuale, può sopperire alla mancanza di una specifica norma idonea a consentire la conservazione del contratto.

Pertanto, gli usi normativi, tali per la loro ripetitiva e generale osservanza da parte dei consociati, debbono essere impiegati dal giudice, prima ancora dell'equità, per riempire i vuoti contrattuali.

Questo significa, ulteriormente, che il legislatore ha inteso circoscrivere l'equità a un ruolo del tutto residuale e limitato, venendo in considerazione non solo e, ovviamente, in via subordinata rispetto alla legge, ma anche dopo che il giudice abbia verificato la mancanza di

giur., 1999, p. 561, con nota di V. CARBONE, *Anatocismo e usi bancari: la Cassazione ci ripensa*; in *Contratti*, 1999, p. 437, con nota di G. DE NOVA, *Capitalizzazione trimestrale degli interessi: verso un "revirement" della Cassazione?*.

⁵²⁰ Cfr. Cass., 19 gennaio 1965, n. 109, in *Mass. Foro it.*, 1965; Cass., 19 aprile 1980, n. 2583, in *Foro it.*, 1980, I, p. 2504 ss..

un uso normativo idoneo a regolare la fattispecie concreta.

Ci siamo già soffermati sui contenuti della fonte equitativa e sui profili che la differenziano dalla buona fede. In questa sede, giova, piuttosto, analizzare i suoi rapporti con gli altri criteri integrativi enunciati dall'art. 1374 c.c..

Quando la volontà delle parti, la legge e gli usi non consentono di reperire la regola di integrazione della lacuna contrattuale, il legislatore chiama il giudice a esprimere un giudizio in base a criteri diversi da quelli finora enunciati, tratti da opinioni, apprezzamenti e valutazioni sociali. L'equità assolve, infatti, la funzione di integrare la legge, ove questa non riesca a regolare compiutamente tutti gli aspetti del caso concreto. In questo senso, tale criterio opera in via suppletiva rispetto alle altre fonti eteronome, come criterio sussidiario di giudizio secondo logica, al fine di determinare i contenuti delle obbligazioni contrattuali che difettino di regolamentazione⁵²¹.

La dottrina ha sottolineato, più volte, che l'equità di cui all'art. 1374 c.c. non può essere intesa né come criterio di interpretazione della volontà dei contraenti⁵²², né come criterio di applicazione delle clausole contrattuali: essa, piuttosto, costituisce, per le parti, una fonte di

⁵²¹ In giurisprudenza, è ricorrente la massima secondo cui «il principio di integrazione del contratto secondo equità (...) ha la finalità di assicurare che il negozio svolga interamente la funzione sociale che lo caratterizza e che ne giustifica la tutela e, in particolare, di regolare la fattispecie in via suppletiva, secondo equità, nel caso di una lacuna del regolamento negoziale». Così Cass., 22 luglio 1966, n. 1995, in *Giust. civ.*, I, p. 1659 ss.; Cass., 22 febbraio 1979, n. 1130, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1979, II, p. 257 ss.; Cass., 6 febbraio 1982, n. 643, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 620 ss..

⁵²² A riguardo, giova, comunque, precisare che non si può escludere, in assoluto, l'equità dai criteri interpretativi del contratto. Solo che tale funzione è svolta dall'equità non ai sensi dell'art. 1374 c.c., ma ai sensi dell'art. 1371 c.c.. L'art. 1371 c.c., rubricato "*Regole finali*", enuncia, infatti, il criterio residuale alla stregua del quale interpretare il contratto che resti oscuro, nonostante l'impiego delle norme precedenti sull'interpretazione del contratto. In particolare, è solo quando a rimanere oscuro sia un contratto a titolo oneroso che è possibile invocare l'equità: quel regolamento deve essere interpretato nel senso che realizzi «l'equo temperamento degli interessi delle parti». Certamente, tale bilanciamento tra interessi deve essere condotto alla luce dell'accordo raggiunto dai contraenti. E, tuttavia, la dottrina ha osservato come, in questa norma, risulti difficile e più sfumata la possibilità di distinguere tra interpretazione e integrazione del contratto. La disposizione è, comunque, rilevante, ai nostri fini, in quanto consente di evidenziare il ruolo dell'equità nel contratto, poiché questa serve a rendere equilibrate le obbligazioni nascenti dall'accordo negoziale, secondo il principio del giusto prezzo di mercato. Questo significa che anche quando l'accordo rimanga oscuro, nonostante l'impiego degli altri criteri ermeneutici, compresa la buona fede, il giudice è legittimato a dettare la regola che consenta una equilibrata esecuzione delle prestazioni, trattandosi di contratto a titolo oneroso. Mentre, se a titolo gratuito, è sufficiente intendere il contratto nel senso meno gravoso per l'obbligato. Se ne conclude, pertanto, che «la natura onerosa del contratto consente di conservarlo, secondo la regola propria di tutti i contratti formati dal libero scambio della domanda e dell'offerta. (...) L'esigenza di conservare il contratto, dunque, i lega di nuovo con le norme d'esperienza desunte dalle regole di mercato». Le parole sono di M. FRANZONI, sub *art. 1374*, cit., p. 150-153. Sulla equità interpretativa, si vedano anche le riflessioni di: S. RODOTÀ, *Quale equità?*, in *L'equità. Atti del convegno del Centro Nazionale di Previdenza e Difesa sociale*, Milano, 1975, p. 53 ss.; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 306 ss., il quale precisa che «il riferimento all'interesse delle parti lungi dal voler significare un ritorno ad una velleitaria finzione di volontà (...), ha la funzione di indicare da un lato la necessaria sussistenza di un minimo contenuto contrattuale pattizio esprimente un chiaro assetto di interessi e dall'altro il necessario rispetto di esso da parte del giudice nell'operazione di costruzione della regola»; N. IRTI, *Principi e problemi dell'interpretazione contrattuale*, cit., p. 1139 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, in *Il codice civile. Commentario Sclesinger*, sub *art. 1371*, cit., p. 358 ss.. In giurisprudenza, si vedano: Cass., 10 gennaio 1981, n. 228, in *Mass. Foro it.*, 1981; Cass., 9 novembre 1984, n. 5663, in *Mass. Foro it.*, 1984; Cass., 3 settembre 1994, n. 7641, in *Mass. Foro it.*, 1994; Cass., sez. lav., 4 gennaio 1995, n. 74, in *Mass. Foro it.*, 1995.

conseguenze contrattuali ulteriori rispetto a quelle derivanti dal regolamento pattuito.

Per tale via, l'art. 1374 c.c. consente a «*un soggetto diverso dai contraenti*» di «*partecipare alla costruzione del regolamento contrattuale*»⁵²³. Più precisamente, al giudice viene assegnato il compito «*di completare il programma dell'operazione economica impostata dalle parti, sviluppandone la logica specifica secondo le indicazioni soggettive emergenti dal mercato*»⁵²⁴.

La discrezionalità riconosciuta al giudice che impieghi questo criterio di giudizio consiste nell'apprezzamento delle circostanze del caso concreto, al fine di trarre da queste e dallo stesso atto di autonomia privata la regola di decisione. Pertanto, l'equilibrio che il giudice deve assicurare, in sede di integrazione del contratto, è quello che, in relazione alla singolo «*tipo di operazione economica, avrebbero raggiunto, nella situazione di mercato data, due operatori economici accorti, ove si fossero soffermati a trattare sull'oggetto dell'intervento integrativo*»⁵²⁵.

Il rischio che tale giudizio equitativo si traduca in arbitrii e soggettivissimi del giudice, come già osservato in precedenza, sarebbe scongiurato dal dovere di fondare la decisione sulle circostanze concrete e di motivare adeguatamente la stessa.

In considerazione di quanto finora esposto, ci pare interessante svolgere, in ultimo, un'ulteriore osservazione. Con particolare riguardo al rapporto tra equità e buona fede, occorre evidenziare che non solo le due nozioni non coincidono contenutisticamente, ma l'ordinamento attribuisce loro diversa rilevanza. La buona fede di cui all'art. 1375 c.c. si pone su un gradino gerarchicamente superiore rispetto all'equità. Differentemente dalla prima, che – come visto - si atteggia a fonte legale di integrazione del contratto, rientrando nel concetto di “legge” a cui fa riferimento l'art. 1374 c.c., l'equità si pone in una posizione del tutto circoscritta e residuale.

L'equità, infatti, in quanto fonte integrativa non riconducibile alla fonte legale, può venire in considerazione solo nei limitati casi in cui né la volontà dei privati, né la legge o la buona fede, né gli usi normativi siano in grado di offrire al giudice una regola idonea a colmare la lacuna.

Questo, allora, significa, ulteriormente, che per effetto della lettura coordinata con l'art. 1374 c.c., la buona fede di cui all'art. 1375 c.c. finisce per assumere un ruolo centrale nella disciplina dell'integrazione del contratto, in virtù della sua posizione gerarchicamente sovraordinata rispetto all'equità, potendo essa operare in parallelo rispetto alla fonte legale, anziché in via sussidiaria.

⁵²³ Così S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 222.

⁵²⁴ Così M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, cit., p. 551.

⁵²⁵ Si veda ancora M. BARCELLONA, *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, cit., p. 552.

3. La prospettazione di una gerarchia di rimedi integrativo-correttivi contro le clausole abusive fondata sull'art. 1374 c.c..

Il breve approfondimento appena svolto circa la *ratio* e l'ambito di applicazione dell'art. 1374 c.c. ci permette di provare a illustrare una possibile soluzione interpretativa rispetto al problema degli effetti della caducazione di una clausola abusiva essenziale.

La disposizione in commento già consente al giudice di operare l'integrazione di un contratto che si presenti *ab origine* lacunoso in una o più parti. L'impossibilità di distinguere, alla luce della lettera dell'art. 1374 c.c., tra una lacuna originaria e una lacuna sopravvenuta, in uno al superamento della teoria della fattispecie, consentirebbero di ampliare l'ambito di operatività della disposizione anche alla situazione in cui la lacuna derivi da una sentenza di nullità necessariamente parziale.

A tale esito si potrebbe pervenire sottoponendo l'art. 1374 c.c. a una rilettura in chiave rimediabile, concependolo quale strumento idoneo ad accompagnare, in funzione completiva, il rimedio della nullità di protezione⁵²⁶. Come si è altrove evidenziato, la finalità protettiva della nullità di cui all'art. 36 cod. cons. finisce per rendere necessaria una qualche forma di interpolazione del contratto, affinché quel rimedio caducatorio possa dirsi adeguato rispetto alla sua *ratio*.

Il giudice, in definitiva, così come può rilevare d'ufficio la nullità – e già questo potere realizza una modifica del contratto -, allo stesso modo, può intervenire direttamente sul regolamento, non solo riducendone il contenuto, ma anche integrandolo. Per tale via, verrebbe completato quell'effetto conformativo fisiologicamente connesso alla nullità di protezione. Salva, ovviamente, l'eventuale opposizione del consumatore alla conservazione del contratto, secondo le regole della procedura civile, ove preferisca liberarsi dal vincolo contrattuale.

Il criterio idoneo a guidare l'interprete nella “scelta” dello strumento integrativo-correttivo è offerto, come detto, dallo stesso codice civile, *id est* dall'art. 1374 c.c., la cui logica ci appare esportabile anche nella disciplina consumeristica. Benché l'esigenza di tutela del consumatore consenta di ammettere una intergazione conformatrice del contratto, quest'ultima deve realizzarsi, pur sempre, nel rispetto di un implicito principio di minor interferenza

⁵²⁶ Cfr. S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: “il mondo di ieri” o un trompe l'oeil concettuale?*, cit., p. 587-588; ID., *Vecchio e nuovo sull'integrazione del contratto abusivo nel prisma armonizzato delle fonti (partendo da un caso recente), con una postilla sulla sistematica attuale dell'integrazione*, cit., p. 112-113.

possibile con la piena e libera esplicazione dell'autonomia privata, il cui rispetto deve essere sempre garantito.

In effetti, l'art. 1374 c.c. prospetta una chiave di intervento sul contratto idonea a consentire all'interprete di districarsi tra i vari strumenti di modificazione, secondo un criterio gerarchico che riflette proprio l'esposta logica.

Pertanto, di fronte a un contratto di consumo privato di una clausola abusiva essenziale dichiarata nulla, il giudice non è libero di scegliere, in via arbitraria, in che modo assicurarne la sopravvivenza, ma è tenuto a intervenire secondo l'ordine dei criteri prospettati dallo stesso legislatore. Dunque, la stessa discrezionalità giudiziaria risulta “imbrigliata” entro i binari prospettati dallo stesso art. 1374 c.c..

A venire in considerazione, prima di tutto, è la fonte legale. Questo significa che il giudice deve verificare se sia possibile colmare la lacuna sopravvenuta, prodotta dalla sentenza di nullità (parziale necessaria), mediante l'inserzione chirurgica della regola legale che le parti non hanno rispettato.

Naturalmente, in questo caso, la modifica avverrà in forme differenziate a seconda del tipo di disposizione da introdurre nel regolamento. Quando ad essere dichiarata nulla è la clausola in contrasto con una norma imperativa di legge, l'intervento del giudice è circoscritto a garantire il funzionamento del meccanismo di sostituzione automatica prospettato dal combinato disposto degli artt. 1339 e 1419, comma 2, c.c.. Pertanto, è lo stesso contenuto della norma imperativa a sostituirsi alla pattuizione abusiva in modo del tutto automatico, trattandosi di regola fondamentale dell'ordinamento giuridico.

Nella maggior parte dei casi, tuttavia, la vessatorietà della clausola discende non dalla diretta violazione di una norma imperativa, bensì da una deroga non consentita a una regola del diritto dispositivo. Come si è più volte evidenziato, le norme di diritto dispositivo sono liberamente derogabili dai privati solo se ciò è pattuito di comune accordo tra le stesse. La deroga diventa, invece, abusiva quando è sostanzialmente imposta da una parte in danno dell'altra. In tal caso, dunque, la riespansione della regola legale non è automatica, ma opera soltanto ove venga accertato che la pattuizione si è discostata dal contenuto della norma in mancanza dell'accordo delle parti. Solo a quel punto, al giudice è consentito conservare il contratto assicurando la sua integrazione (c.d. suppletiva) con la regola di diritto dispositivo abusivamente aggirata dal professionista.

Nonostante il diverso operare dei due meccanismi modificativi legali, il risultato raggiunto è sempre il medesimo: il regolamento contrattuale viene modificato attraverso l'innesto della norma di legge, nella considerazione che questa contenga il miglior bilanciamento degli interessi in gioco rispetto a quello prospettato dalla clausola abusiva. Per tale via, il contratto

presenta un contenuto necessariamente diverso da quello originario, ma, stavolta, conforme a legge: quel contratto resta vincolante per le parti in linea con quanto disposto dalla regola legale che le parti avrebbero dovuto osservare o avrebbero potuto derogare di comune accordo.

Se, da una parte, l'effetto dissuasivo per il professionista risulta piuttosto leggero, nella consapevolezza di rischiare, al massimo, l'innesto della regola legale, dall'altra, i meccanismi di sostituzione e di integrazione legale realizzano, comunque, l'obiettivo di assicurare la conservazione del contratto, a tutela del consumatore, con la minor lesione possibile per l'autonomia negoziale dei privati.

Proprio per questi motivi, in coerenza con la logica dell'art. 1374 c.c., la sostituzione o l'integrazione legale ci pare il rimedio primario attivabile dal giudice per salvare il contratto privato di una clausola abusiva essenziale.

Ma la fonte legale di cui all'art. 1374 c.c. non esaurisce qui la sua portata. Come si è illustrato in precedenza, nel concetto “legge” ivi previsto può essere ricondotto anche l'art. 1375 c.c. sulla *bona fides in executivis*, che ci appare lo strumento forse più idoneo a realizzare un efficace contemperamento tra le istanze sopra citate.

Si ritiene che anche la buona fede possa operare come fonte di integrazione del contratto, non tanto nel senso che il giudice possa decidere come colmare la lacuna contrattuale invocando quella clausola generale, quanto, piuttosto, nel senso di richiamare le parti ai doveri di solidarietà a cui sono tenuti, ai sensi dell'art. 2 Cost.. Siffatto dovere si tradurrebbe nell'obbligo, per le parti, di (ri)negoziare la clausola dichiarata nulla, provvedendo esse stesse a determinare il contenuto della regola contrattuale.

Questo rappresenta, senz'altro, il rimedio caratterizzato dal minor impatto sull'autonomia negoziale dei privati, poiché viene rimesso proprio a questi ultimi il compito di colmare il vuoto, questa volta in conformità alle regole dell'ordinamento. Oltretutto, tale rimedio modificativo sarebbe dotato di un'adeguata carica dissuasiva per il professionista, il quale, nel timore di dover rivedere tutte le clausole inserite unilateralmente nei propri contratti *standard*, si asterrrebbe dal prevedere clausole abusive.

In tal modo, la valorizzazione della buona fede quale fonte di doveri di correttezza fra le parti, assicurerebbe la conservazione del contratto a tutela del consumatore, il quale può sedersi direttamente al “tavolo della negoziazione” per definire il contenuto del contratto nella parte censurata dal giudice.

Questo strumento modificativo, inoltre, avendo fonte legale, opererebbe allo stesso pari dei meccanismi di sostituzione e integrazione sopra richiamati. Ma, forse, esso esplicherebbe la sua miglior efficacia soprattutto nei casi in cui la regola di diritto dispositivo abusivamente

derogata non rappresenti la soluzione migliore, implicando l'inserimento nel contratto di un contenuto meno protettivo per il consumatore. È proprio in queste situazioni, allora, che il giudice può tentare di affidare direttamente alle parti il compito di gestire la lacuna contrattuale sopravvenuta.

Il grande limite dello strumento della rinegoziazione si manifesta, però, nelle ipotesi in cui questa fallisca, non riuscendo le parti ad accordarsi sul contenuto idoneo a colmare la lacuna. In tale frangente, così come nel caso in cui la strada della rinegoziazione non sia a priori percorribile, unitamente ai casi in cui, comunque, non sussista una norma imperativa o di diritto dispositivo, l'art. 1374 c.c. prospetta il ricorso agli usi normativi. Questi ultimi, difatti, - lo si ribadisce - possono fungere da fonti integrative soltanto in via suppletiva, qualora manchino norme imperative o dispositive applicabili o la rinegoziazione non possa realizzarsi.

In via meramente residuale, quando, cioè, l'impiego di tutti gli altri strumenti citati non è possibile, può operare l'altra, e più discussa, fonte integrativa non legale prevista dall'art. 1374 c.c., e cioè l'equità. Lo strumento integrativo-correttivo mediante equità, secondo la sequenza logica esposta, resterebbe circoscritto ai soli casi in cui o non sia ravvisabile una norma di legge da inserire nel contratto o fallisca la negoziazione affidata ai contraenti o, comunque, manchi anche un uso normativo da richiamare.

In queste ipotesi, poiché la caducazione totale del contratto finirebbe per pregiudicare l'interesse del consumatore, potrebbe essere ammessa finanche l'inserzione di una regola di creazione giudiziaria fondata sull'equità. Con la precisazione che al giudice è consentito partecipare alla determinazione del programma contrattuale soltanto alla luce dell'apprezzamento delle circostanze del caso concreto e nel rispetto della logica dell'operazione economica realizzata dalle parti. In tal modo, la modificazione conservativa del contratto avviene sì per mano diretta del giudice, ma sviluppando la logica del contratto, senza alterarne il programma originario.

Così ragionando, l'intervento giudiziale sul regolamento verrebbe in considerazione come *extrema ratio* e in ipotesi del tutto residuali, quando non sia altrimenti possibile salvare il contratto dal rischio di totale caducazione.

D'altra parte, l'ammissibilità di interventi correttivi del giudice sembra consentita, in via più o meno esplicita, anche da altri ordinamenti europei.

Si richiama alla mente la c.d. "interpretazione integrativa" ad opera del giudice, elaborata dalla giurisprudenza tedesca. Benché il B.G.B. non preveda espressamente l'integrazione giudiziale del contratto, ma la sola integrazione mediante norme dispositive, la giurisprudenza la ammette sotto forma di "interpretazione integrativa", concependola come uno strumento sussidiario, di completamento delle lacune del regolamento, in conseguenza della

dichiarazione di inefficacia delle clausole abusive.

Conclusioni simili si raggiungono analizzando il diritto francese dove, all'esito dell'introduzione della figura dell'*imprevision*, si ammette la rinegoziazione del contratto, anche su richiesta di una sola delle parti, con la precisazione che, in caso di fallimento della stessa, il giudice possa intervenire, su accordo delle parti, per effettuare l'*adaptation du contrat* (art. 1196 *code civil*)⁵²⁷.

L'impostazione qui delineata rifletterebbe, allora, quella tendenza più generale a concepire il ruolo del giudice come strumento indispensabile «*della dialettica ordinamento giuridico-autonomia privata*», contribuendo a garantire l'attuazione dei principi dell'ordinamento. Di più, gli interventi correttivi sul contratto per mano del giudice contribuirebbero a garantire il corretto funzionamento del mercato, svolgendo una “funzione ausiliaria” e di rafforzamento di quest'ultimo⁵²⁸.

La ricostruzione prospettata, dunque, offrirebbe al giudice una tavola di strumenti modificativi del contratto, il cui impiego risulta rigidamente predeterminato dal legislatore, secondo una graduazione ispirata alla massima salvaguardia possibile dell'autonomia privata.

In questa prospettiva, pertanto, anche i timori di un'eccessiva dilatazione dei poteri giudiziari di intervento sul contratto dovrebbero essere ridimensionati proprio in forza della logica sottesa all'art. 1374 c.c..

Si potrebbe, anzi, osservare che i timori di una eccessiva discrezionalità giudiziaria siano scongiurati dagli stessi binari in cui l'art. 1374 c.c. impone di condurre l'operazione integrativa. In questo senso, ci pare che lo strumento veramente centrale nella soluzione ricostruttiva prospettata non sia tanto l'intervento correttivo del giudice mediante l'equità, il cui ambito di operatività risulta, in realtà, estremamente circoscritto; quanto, piuttosto, la buona fede, in virtù della sua posizione gerarchicamente sovraordinata rispetto a quella⁵²⁹. Difatti, la buona fede, quale fonte di un obbligo di (ri)negoziazione per le parti, opera sullo stesso piano e in parallelo rispetto alla fonte legale, non in via sussidiaria. La modificazione del contratto, quindi, può realizzarsi più frequentemente in queste forme, *ex art. 1375 c.c.*, che non, piuttosto, mediante l'equità.

Questa conclusione sarebbe coerente, oltretutto, con la centralità attribuita alla buona fede

⁵²⁷ Sul tema, si vedano: E. TUCCARI, *Prime considerazioni sulla “révision pour imprévision”*, cit., p. 130 ss.; P. ABAS, *La riforma del diritto delle obbligazioni in Francia con particolare riferimento alla sopravvenienza contrattuale*, cit., p. 27 ss..

⁵²⁸ Cfr. F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., p. 165 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, cit., p. 109 ss..

⁵²⁹ Osserva E. CAPOBIANCO, *Integrazione e correzione del contratto: tra regole e principi*, cit., p. 10 ss., che i timori connessi al carattere aperto ed elastico dei concetti di buona fede ed equità sarebbero fugati, dalla duplice consatatazione che, in parte, tali regole sono richiamate dalla legge e, che in parte, la loro applicazione è tanto più necessaria quanto più i codici “invecchiano”, al fine di «adeguare al caso concreto il regolamento nel necessario combinarsi di auto ed etero integrazione».

anche dal sistema eurounitario, che, come visto, la concepisce come strumento attraverso il quale assicurare la giustizia contrattuale, nella convinzione che la costruzione del mercato unico non possa che realizzarsi riconoscendo una impronta solidaristica alla disciplina del diritto europeo dei contratti.

La centralità che si finisce per riconoscere alla buona fede quale fonte integrativa legale non comporta, tuttavia, a nostro avviso, che si ripresenti quello stesso rischio che si mirava a fronteggiare nell'ammettere l'integrazione giudiziale mediante equità, cioè prevenire arbitrii giudiziari. Questo perché, lo si ribadisce, nei contratti asimmetrici, la lacuna può essere gestita valorizzando la buona fede non tanto nel senso di attribuire al giudice il potere di dettare la regola integrativa ispirata a quella clausola generale, quanto nel senso di limitare l'intervento del giudice al potere di richiamare le parti a quell'obbligo di correttezza che si traduce, in sede patologica, nell'obbligo di negoziazione della clausola caducata.

La buona fede impegna, così, le parti ad assicurare la sopravvivenza del contratto, ristabilendo, in modo davvero effettivo, l'equilibrio contrattuale alterato dalla vessatorietà: la nullità della clausola abusiva, in quanto contraria a buona fede, determina una lacuna da integrare, simmetricamente, con quel comportamento ispirato a correttezza, che era, invece, mancato in fase di stipulazione del contratto.

4. Riflessione sulla esperibilità del rimedio risarcitorio.

In conclusione dell'indagine fin qui svolta, preme soffermarsi su un aspetto finora rimasto sullo sfondo: quello relativo alla possibilità, per il consumatore che ottenga la caducazione della clausola essenziale abusiva, di chiedere il risarcimento del danno.

In particolare, ci si intende interrogare sul grado di effettività assicurato dal rimedio risarcitorio, nonché sul rapporto tra questo e i rimedi integrativi del contratto, per comprendere se e in che misura il primo possa essere invocato, in via esclusiva, dal contraente debole.

Il tema in esame pone, prima di tutto, il dovere di trattare una questione preliminare, cioè quella dell'ammissibilità del rimedio risarcitorio nei casi di nullità di una clausola contrattuale⁵³⁰.

⁵³⁰ Cfr., in particolare, G. VETTORI, *Diritto europeo e tutele contrattuali*, cit. p. 92 ss., il quale osserva che «Sulle norme di comportamento e sul loro rapporto con le norme di validità la dottrina si divide. Fra chi riputa che tali regole esprimano valori diversi e contrapposti e chi crede che la distinzione si fondi su criteri mobili capaci di sanzionare in modo più forte certi congegni o di far convivere le due tutele. È noto che la giurisprudenza di legittimità negli ultimi dieci anni afferma che la responsabilità (precontrattuale o aquiliana)

Il problema si pone in quanto, tradizionalmente, in base al principio di separazione tra regole di validità e regole di comportamento, un atto nullo, in quanto improduttivo di effetti, non potrebbe essere fonte di un danno risarcibile, ma soltanto di una ripetizione d'indebito.

Certamente, l'art. 1338 c.c. contempla il rimedio risarcitorio a favore della parte che abbia confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto, quando la controparte, pur conoscendo o avendo dovuto conoscere l'esistenza di una causa di invalidità, non ne abbia dato notizia. Ma, anche in questa fattispecie, il rimedio risarcitorio viene invocato non in correlazione con l'invalidità del contratto, quanto, piuttosto, in relazione al comportamento scorretto di un contraente. Tanto è vero che la giurisprudenza tende a escludere, a priori, la responsabilità precontrattuale *ex art. 1338 c.c.*, ogniqualvolta il contratto sia inficiato da una causa di invalidità prevista direttamente dalla legge.

Al di là di questa fattispecie, la configurabilità di una responsabilità risarcitoria, di regola, è legata all'accertamento di una condotta illecita, non di un atto illecito: quest'ultimo sarebbe inidoneo a produrre un danno, per cui, rispetto a esso, potrebbe venire in considerazione solo una obbligazione restitutoria.

Affinché sorga una responsabilità risarcitoria, in materia contrattuale, è necessario che una delle parti violi una regola di comportamento in sede di formazione del contratto. Solo in questa ipotesi, infatti, l'atto formalmente bilaterale si traduce in un atto sostanzialmente unilaterale, fonte di vantaggi per la parte che ha violato la regola di condotta e di pregiudizi per la parte la cui autonomia negoziale non si è potuta esplicare correttamente.

A ben vedere, quella appena descritta è la situazione che caratterizza anche le fattispecie di negozi annullabili: il contratto, per effetto della condotta scorretta tenuta da una parte a svantaggio dell'altra, vittima di errore, violenza o dolo, in realtà, ha carattere unilaterale. In tal caso, la regola di validità dell'atto è integrata da una regola di comportamento rilevante in sede di formazione del contratto, che rende iniquo il negozio. Talché sorge una responsabilità precontrattuale.

Tuttavia, questa netta dicotomia tra violazione di regole attive, fonte di nullità negoziale, e violazione di regole comportamentali, fonte di responsabilità sembra, oggi, entrare in crisi, soprattutto di fronte al proliferare proprio delle nuove figure di nullità di protezione⁵³¹. Queste

non si arresta alle soglie del contratto, ma ne completa la tutela, correggendo con il risarcimento le condizioni sfavorevoli determinate da un contegno scorretto o illecito».

⁵³¹ La distinzione tra regole di validità e regole di comportamento è analizzata in senso critico, tra gli altri, da: G. VETTORI, *Asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 249 ss.; G. PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006, p. 452 ss.; G. BENEDETTI, *La rescissione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, VIII, Torino, 2007, p. 48 ss.; V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 538 ss.; V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, cit., p. 391 ss.; D. IMBRUGLIA, *La regola di adeguatezza e il contratto*, Milano, 2017, p. 501 ss..

ultime, come si è visto, lungi dal porre rimedio a difetti di struttura dell'atto, spostano la loro attenzione sul piano del rapporto contrattuale e dell'assetto di interessi divisato dalle parti, nell'ottica di proteggere l'interesse del contraente reputato debole. Ad essere sanzionata con la nullità speciale, in definitiva, non sembrerebbe soltanto l'atto, ma anche la condotta precontrattuale scorretta tenuta dalla parte che, avvalendosi della sua forza economico-giuridica, è in grado di imporre, unilateralmente, condizioni contrattuali inique alla controparte⁵³².

La descritta commistione tra profili attizi e profili comportamentali si ripercuote, evidentemente, anche sulla configurabilità del rimedio risarcitorio. La violazione della regola di condotta costituisce fonte di una responsabilità risarcitoria, che si trova a concorrere con la nullità derivante dalla violazione della regola di validità. Al di fuori di queste ipotesi di nullità speciali, invece, torna a operare il principio di non interferenza tra i due sistemi di regole⁵³³.

Deve, dunque, ammettersi, astrattamente, l'esperibilità del rimedio risarcitorio, oltre di quello invalidatorio, ogniqualvolta il professionista imponga al consumatore una clausola abusiva da cui derivi un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi tra le parti. In tal modo, si configura la possibilità di un cumulo di rimedi, poiché alla nullità della clausola abusiva si aggiunge il risarcimento dei danni per condotta precontrattuale scorretta. Anche in materia consumeristica, infatti, l'invalidità della clausola abusiva discende da un comportamento illecito tenuto dal professionista nel corso del procedimento di formazione del contratto.

Il cumulo dei rimedi, risarcitorio e invalidatorio, trova, dunque, la sua giustificazione nella natura stessa della nullità di protezione, quale fattispecie di nullità-funzione, in cui a rilevare non è solo l'atto in senso strutturale, ma anche il rapporto e il relativo assetto di interessi. Conseguentemente, come è stato osservato in dottrina, il rimedio invalidatorio è collegato *«alla violazione di una regola di comportamento, e l'antidoverosità della condotta diventa il*

⁵³² Questa ricostruzione è patrocinata anche dalla giurisprudenza europea. Si ricorda la sentenza Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage*, in *Foro it.*, 2002, IV, col. 75, con note di A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: "chi è causa del suo mal ... si lagni e chiedi i danni"*; di E. SCODITTI, *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*; di G. ROSSI, *"Take Courage!" La Corte di Giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*. Con questa sentenza i giudici europei hanno riconosciuto il diritto al risarcimento del danno della parte dell'intesa anticoncorrenziale che si trovi in una posizione di inferiorità grave nei confronti della controparte, tanto da vedere annullata la sua libertà di negoziare.

⁵³³ Si richiama a riguardo la pietra miliare posta, in questo ambito, da Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit.. Per i numerosi commenti a queste sentenze, si rinvia alle citazioni di cui alla nota n. 423 del presente lavoro. Per un bilancio della evoluzione della giurisprudenza e della dottrina su questo tema si rinvia a F. RENDE, *Violazione di regole informative e rimedi a dieci anni dalle sentenze Rordorf*, in cit., p. 77 ss.. In questa sentenza, resa in materia di intermediazione finanziaria, le Sezioni Unite ribadiscono che la violazione di doveri di informazione o, comunque, di un comportamento in genere, determina una responsabilità precontrattuale ovvero contrattuale, a seconda della fase in cui essa interviene, ma non può mai determinare la nullità del contratto a norma dell'art. 1418, comma primo, c.c., in mancanza di una espressa previsione normativa.

presupposto non solo dell'invalidità, ma anche della responsabilità risarcitoria»⁵³⁴.

Quanto al danno risarcibile, la dottrina parla, al riguardo, di danno “da clausola sconveniente”, in quanto il risarcimento va commisurato al maggior aggravio o al minor vantaggio originato dalla slealtà del professionista in sede di formazione del contratto. Tanto sull'assunto che, in mancanza di tale comportamento, il consumatore avrebbe potuto giovare di condizioni contrattuali migliori

Il concetto di danno “da clausola sconveniente” è stato riconosciuto, per la prima volta, da una sentenza della Corte di Cassazione in materia di responsabilità precontrattuale⁵³⁵. In quella occasione i giudici hanno affermato la compatibilità tra contratto valido e sussistenza di una responsabilità precontrattuale per dolo incidente. Pertanto, anche la conclusione di un contratto in sé perfettamente valido, sotto il profilo strutturale, potrebbe essere fonte di una responsabilità per danni. Questi ultimi vengono determinati in relazione alle condizioni diverse alle quali il contratto sarebbe stato stipulato, se una parte non avesse tenuto un comportamento scorretto in sede di formazione dell'accordo.

Attenta dottrina, però, ha posto in evidenza che la traslazione del concetto di danno da clausola sconveniente nella materia dei contratti del consumatore impone di prendere atto di una differenza sostanziale. Mentre, in caso di responsabilità precontrattuale, il danno discende dal fatto che il contratto è valido e il risarcimento rappresenta l'unico rimedio invocabile dal contraente danneggiato, diversa è la situazione nell'ipotesi in cui la clausola sconveniente sia una clausola vessatoria: rispetto ad essa, infatti, è invocabile la nullità di protezione di cui all'art. 33 cod. cons., quale nullità funzione nei termini anzidetti. Dunque, mentre nel primo ordine di fattispecie, il risarcimento rappresenta l'unico rimedio esperibile dal danneggiato, nel caso di clausole vessatorie, il risarcimento viene in considerazione sul presupposto che la nullità non offra un rimedio soddisfacente per il pregiudizio patrimoniale subito dal consumatore.

È proprio sotto questo profilo che si pone il problema del rapporto tra il rimedio risarcitorio e il rimedio invalidatorio con i connessi strumenti di integrazione del contratto.

⁵³⁴ Così E. SCODITTI, *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, cit., p. 127-128, secondo il quale, alla base di questo nuovo paradigma di nullità, vi è un diverso rapporto tra legge e autonomia privata, nella quale l'intervento pubblico non mira più solamente a svolgere una funzione di programmazione, ma realizza anche la rimozione degli ostacoli al funzionamento ottimale del mercato. In questa mutata prospettiva, secondo l'Autore, «l'invalidità delle clausole vessatorie, con la sua combinazione di iniquità e scorrettezza, è la prova in definitiva della penetrazione del sindacato di legittimità nel merito del contratto e di una nuova concezione del contratto stesso, non più solo fatto cui ricollegare determinate conseguenze giuridiche, ma anche comportamento che deve uniformarsi ai canoni di correttezza previsti dal legislatore».

⁵³⁵ Si tratta di Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, col. 1106, con nota di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*; in *Danno e resp.*, 2006, p. 25, con nota di V. ROPPO, G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*.

L'indagine finora svolta ha dimostrato come non sempre la nullità della singola clausola vessatoria rappresenti una soluzione efficacemente protettiva per il consumatore, soprattutto quando la sua eliminazione rischia di travolgere l'intero contratto. Da qui, la ritenuta opportunità di intervenire *ab externo*, con meccanismi di sostituzione, integrazione o correzione del regolamento lacunoso.

Ove si ritenga di condividere l'impostazione fin qui prospettata, si perverrà a una conclusione inevitabile riguardo la questione risarcitoria.

Se la clausola nulla può essere sostituita da una regola legale o, addirittura, giudiziale, idonea a conservare il regolamento di interessi, si dovrebbe escludere l'utilità del solo rimedio risarcitorio. Il mero ristoro patrimoniale, infatti, non offrirebbe una soluzione realmente protettiva per il consumatore, che si trova, comunque, a non poter fruire del bene o del servizio oggetto del contratto.

Pertanto, di fronte all'astratta ammissibilità tanto del rimedio risarcitorio, quanto dell'integrazione-correzione del contratto, la tutela del consumatore sembra essere più efficacemente perseguibile attraverso un'opera di manutenzione del contratto, piuttosto che di travolgimento totale dello stesso, con conseguente diritto al risarcimento del danno.

È lo stesso principio di effettività delle tutele, insieme al principio di conservazione del contratto, a condurre a siffatta conclusione.

Parte della dottrina evidenzia che una sua utilità il risarcimento potrebbe, comunque, manifestarla nei casi in cui la regola di diritto dispositivo chiamata a colmare la lacuna lasci il regolamento meno favorevole per il consumatore o, peggio ancora, nei casi in cui la regola legale manchi del tutto.

A questa considerazione si potrebbe, tuttavia, obiettare che laddove alla riespansione della regola legale conseguano effetti meno favorevoli per il consumatore, il risarcimento non potrebbe operare «*perché in questo caso la misura dell'equilibrio contrattuale è offerta dal diritto stesso*»⁵³⁶. Da qui, la sostanziale inutilità del rimedio risarcitorio.

A maggior ragione, alle medesime conclusioni si dovrebbe arrivare nel caso in cui la regola legale da inserire nel regolamento sia del tutto carente.

Difatti, in entrambi i casi, appare più confacente alle ragioni di tutela sottese alla nullità di protezione non il risarcimento del danno, ma la valorizzazione dell'obbligo (di buona fede) delle parti di (ri)negoziare il contratto ovvero, in alternativa, l'intervento integrativo del giudice mediante l'equità di cui all'art. 1374 c.c..

L'accordo raggiunto dalle parti o la regola equitativa del giudice, a seconda dei casi, ci appaiono soluzioni maggiormente in linea con le finalità protettive proprie del rimedio

⁵³⁶ Così E. SCODITTI, *La responsabilità per i danni da clausola abusiva*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 2, p. 249-250.

invalidatorio e con i principi eurounitari in materia consumeristica, tra cui, *in primis*, il principio di effettività delle tutele.

Per questi motivi, si ritiene che il rimedio risarcitorio sia una strada astrattamente percorribile nei soli casi in cui il consumatore preferisca subire la caducazione totale del contratto, piuttosto che tentare di mantenerlo attraverso meccanismi integrativi della lacuna. Mentre, al di fuori di queste ipotesi, alla nullità (di protezione) della clausola vessatoria dovrebbe conseguire, come logico corollario, l'integrazione conformativa del regolamento.

5. Ricostruzione evolutiva del rapporto tra poteri del giudice e contratto affetto da nullità di protezione.

Lo studio della nullità di protezione comminata dall'art. 36 cod. cons. ha offerto lo spunto per riflettere sulle criticità di questo rimedio, sotto il profilo dell'effettività della tutela, e, prima ancora, ha consentito di indagare in che termini si configurino i poteri di intervento del giudice sul contratto recante una clausola vessatoria.

Si è constatato, attraverso l'analisi di varie fattispecie contrattuali, che la nullità parziale necessaria non è sempre in grado di realizzare efficacemente l'obiettivo di tutelare la parte debole. Ciò emerge, soprattutto, quando la nullità della singola clausola (abusiva) pregiudichi l'interesse del consumatore a ottenere la prestazione del professionista, trattandosi di pattuizione che incide su un elemento essenziale del contratto, come il prezzo o l'oggetto o la causa o, comunque, di un gran numero di clausole.

In questi casi, si ritiene che al giudice spetti un compito ulteriore: non può limitarsi a dichiarare la nullità della clausola abusiva, ma deve valutare, in relazione alle specificità del caso concreto, come porre rimedio alla conseguente formazione di una lacuna contrattuale su un aspetto essenziale del programma negoziale.

Il silenzio serbato sul punto tanto dalla Direttiva n. 93/13/CEE, quanto dall'art. 36 cod. cons. sono assordanti. E a tale silenzio fa riscontro il forte monito della Corte di Giustizia a precludere, il più possibile, forme di interpolazione sul contratto diverse dalla semplice caducazione della clausola abusiva, sull'assunto, per vero poco convincente, che quest'ultimo sia il rimedio più idoneo a ripristinare l'equilibrio contrattuale e, quindi, a tutelare il consumatore.

Tuttavia, se gli stessi principi eurounitari, a cominciare da quello della effettività delle tutele, impongono agli Stati membri di reagire alle violazioni del diritto europeo con

«*sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive*», l'interprete non può ignorare il problema di come assicurare la conservazione del contratto, quando non sia in grado di funzionare in mancanza della clausola abusiva essenziale.

Ove si accedesse alla tesi che nega qualsivoglia forma di interpolazione del regolamento, si dovrebbe arrivare alla conclusione che, una volta eliminata la pattuizione essenziale per il suo funzionamento, il contratto vada incontro a nullità totale.

Ma questo esito non ci pare sempre soddisfacente, perché finirebbe per frustrare proprio l'obiettivo sotteso alla nullità di protezione, cioè la tutela del contraente debole. Il venir meno dell'intero contratto priverebbe il consumatore della possibilità di continuare a fruire del bene o del servizio di cui abbisogna e lo obbligherebbe alle conseguenti restituzioni; in tal modo, egli si troverebbe in una posizione addirittura peggiore rispetto a quella di rimanere vincolato al contratto recante la clausola abusiva. Oltretutto, il timore di perdere la prestazione contrattuale finirebbe per inibire il consumatore anche solo dal denunciare la clausola abusiva.

La nullità totale del contratto privato della clausola abusiva essenziale, in questa prospettiva, dovrebbe essere circoscritta a soluzione del tutto residuale, destinata a verificarsi o quando il consumatore preferisca liberarsi del vincolo contrattuale o quando nessuna tecnica di modificazione del contratto sia in grado di ristabilire efficacemente l'equilibrio alterato.

D'altra parte, neppure la possibilità, per il professionista, di liberarsi dal vincolo contrattuale per effetto della nullità totale è in grado di rendere il rimedio invalidante veramente dissuasivo. Talvolta, l'effetto dissuasivo connesso al rimedio della invalidità si manifesta in modo più incisivo quando il professionista rimane vincolato a un regolamento modificato in funzione conservativa e di riequilibrio dell'asimmetria.

Paradigmatici appaiono, al riguardo, i casi in cui l'A.B.F. ammette la riespansione della regola dispositiva abusivamente derogata dall'istituto di credito, in funzione della integrazione della lacuna contrattuale sopravvenuta, ritenendola rimedio adeguato a contemperare i vari interessi in gioco.

Se ne deve concludere, pertanto, che la integrazione del regolamento non contrasta sempre e necessariamente con gli obiettivi della Direttiva, ben potendo essere in grado di assicurare un equo contemperamento tra esigenze contrapposte: la tutela del consumatore, interessato a non perdere il contratto, una volta eliminata la clausola abusiva; la sanzione per il professionista, il quale rimane vincolato a un regolamento equilibrato conforme a legge.

Inoltre, in forza del principio di effettività, è opportuno che anche il rimedio della nullità parziale necessaria assuma una configurazione c.d. a geometrie variabili: ossia la sua operatività non può essere sempre fissa e preconfezionata, ma, al contrario, vanno graduati i suoi effetti in modo differenziato, al fine di “cucire”, quasi sartorialmente, una tutela adeguata

rispetto alle specificità del caso concreto.

L'effettività delle tutele, infatti, impone di bandire schemi di soluzione astratti e rigidamente formali, per privilegiare, al contrario, strumenti flessibili e adatti a essere modellati, nei loro effetti, in relazione agli interessi in gioco⁵³⁷.

A tal fine, ci sembra necessario valorizzare il ruolo del giudice chiamato a verificare la vessatorietà della clausola contrattuale. A lui va affidato il compito di assicurare, per quanto possibile, l'effettività della tutela invalidante, attraverso la conservazione del contratto, attivando tutti gli strumenti idonei a realizzare tale scopo. Quanto maggiore è la rilevanza della pattuizione viziata per il funzionamento del programma negoziale, tanto maggiore dovrebbe essere la possibilità di consentire un intervento *ex post* sul contratto, che si accompagni al rimedio caducatorio.

Si ritiene, allora, che il rimedio negativo (sul piano effettuale) della nullità di protezione possa essere completato dall'operatività di strumenti positivi di intervento, diretti a completare e rendere davvero effettiva la tutela del contraente debole.

Pertanto, laddove la tutela del consumatore possa essere efficacemente garantita attraverso la semplice eliminazione della clausola vessatoria, è sufficiente che il giudice dichiari la nullità parziale necessaria del contratto. E questo è quanto accade, soprattutto, nelle ipotesi in cui il giudizio di vessatorietà abbia ad oggetto clausole accessorie.

Quando, invece, dalla applicazione di tale rimedio discende il rischio del malfunzionamento del contratto per mancanza di una clausola essenziale e, quindi, della nullità totale, allora, al giudice deve essere consentito di spingersi oltre, intervenendo sul regolamento in funzione modificativa⁵³⁸.

Questa conclusione appare, peraltro, coerente con il carattere sempre più marcatamente conformativo della nullità di protezione; la quale, in virtù della sua natura ancipite, si presenta

⁵³⁷ In dottrina, si osserva, autorevolmente, che il diritto eurounitario impone agli Stati membri di dare attuazione alla pretesa di un rimedio effettivo «inteso come pretesa di adeguati strumenti di tutela e idonee configurazioni processuali capaci di garantire la piena soddisfazione dell'interesse tutelato». Solo in tal modo è possibile assicurare il soddisfacimento del bisogno di protezione di quella specifica e, talvolta, irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato. Queste indicazioni, dunque, portano con sé, come conseguenza, il «rifiuto del formalismo» e la necessità, per gli interpreti, di percepire «l'evoluzione delle forme e degli istituti in tema di eliminazione degli effetti dell'invalidità e del riequilibrio negoziale». Così G. VETTORI, *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele. Una premessa*, cit., p. 101 ss.. Cfr. anche A. DI MAJO, *Una New Age per le tutele contrattuali?*, cit., p. 5 ss., il quale evidenzia che è lo stesso diritto europeo a imporre il potenziamento di «di strumenti flessibili commisurati ai bisogni più che agli elementi di una fattispecie».

⁵³⁸ Si richiamano ancora le sagge parole di G. VETTORI, *Diritto europeo e tutele contrattuali*, in *Pers. e merc.*, 2014, 2, p. 91, il quale osserva che «sul piano comunitario, il diritto a un rimedio effettivo serve da cornice per ripensare una tutela eliminativa degli effetti che consente, con l'aiuto delle Corti, di foggare interventi integrativi, correttivi, e/o sostitutivi coerenti con la storicità dell'assetto di interessi, secondo un'attenzione estranea alle invalidità codicistiche e nazionali, ma tipiche, invece, delle strategie rimediali». Nello stesso senso, si veda anche S. PAGLIANTINI, *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, cit., p. 174-175, secondo il quale, «una nullità ancipite gradua oggettivamente l'efficacia del contratto parzialmente eseguito, assecondando la libertà contrattuale convergente (colla) e non dissonante (dalla) realizzazione dell'interesse programmato. Anche, non lo si trascuri, a tutela dei terzi».

come un rimedio suscettibile di produrre effetti, ad un tempo, demolitori e conservativi. Per tale via, la nullità svolge una funzione di protezione del contraente debole e, nel contempo, assicura il corretto funzionamento del mercato.

In questa prospettiva, il rimedio in esame realizza la “conformazione” del contratto, cioè lo rimodella, secondo quanto necessario a garantire la conservazione del regolamento di interessi. Tanto sull'assunto che la sopravvivenza del contratto, per quanto già modificato per riduzione del suo contenuto, sia la soluzione talvolta più efficace per il consumatore, piuttosto che rischiare di perdere la prestazione. D'altra parte, in tal modo, si assicura anche la prosecuzione dell'operazione economica a favore del professionista e, più in generale, delle esigenze del mercato.

Come si è cercato di evidenziare, non sempre, tuttavia, questo primario effetto conformativo, strutturalmente connesso alla nullità di protezione, risulta sufficiente a garantire una tutela adeguata per il consumatore. Quando la nullità colpisce una clausola essenziale, il contratto necessiterebbe di un intervento conformativo più profondo, che può essere conseguito secondo varie modalità.

Da qui, l'opportunità di riflettere sull'ambito di operatività dei poteri di intervento del giudice sul contratto affetto da nullità parziale necessaria. Intervento che, a seconda dei casi, può presentare, astrattamente, carattere sostitutivo, integrativo o, addirittura, correttivo.

In base a come avviene l'interpolazione del contratto, risulta, poi, diverso il grado di intensità con cui viene incisa l'autonomia negoziale dei contraenti. È la stessa parzialità del rimedio caducatorio in esame, allora, a imporre una riflessione sui poteri esercitabili dal giudice.

D'altra parte, il progressivo superamento del dogma della volontà, a favore del diffondersi di sempre maggiori controlli e limiti all'esercizio della libertà contrattuale, rappresenta, plasticamente, l'intervenuta trasformazione del contratto da semplice atto di volontà a regolamento frutto di molteplici fonti, tanto autonome, quanto eteronome.

Anzi, è proprio con riferimento ai contratti asimmetrici che si coglie, maggiormente, la mutata concezione dell'autonomia privata, poiché il concorso di più fonti appare funzionale a garantire la protezione del contraente debole, eliminando gli squilibri recati dal regolamento. Ciò nella convinzione che solo ponendo rimedio agli abusi dell'autonomia privata, in ottica solidaristica, sia possibile assicurare la concorrenza nel mercato.

L'intervento del giudice sul contratto appare, allora, indispensabile ad assicurare gli obiettivi di “giustizia contrattuale” sottesi al corretto funzionamento del mercato.

Ciò avviene, senz'altro, al prezzo di una compressione dell'autonomia privata, ma in vista di un obiettivo più generale: rendere maggiormente eque e paritarie le negoziazioni tra privati,

affinché l'eguaglianza fra le parti non sia intesa solo in senso formale, bensì si realizzi in senso concretamente sostanziale, in linea con quella che è poi la *ratio* stessa della legislazione speciale di settore; quest'ultima, difatti, esprime proprio la necessità di differenziare e diversificare la disciplina degli istituti, in relazione alla natura degli interessi in gioco e alle specifiche qualità e condizioni dei soggetti⁵³⁹.

In questo mutato contesto ordinamentale, allora, la questione che si pone - lo si ribadisce - è quella di stabilire quale sia l'estensione dei poteri giudiziali di interpolazione del contratto, potendo ipotizzarsi, astrattamente, tanto una integrazione legale, quanto, addirittura, una correzione giudiziale.

Alla luce degli argomenti sviluppati nel presente lavoro, si è ritenuto di non poter escludere né privilegiare alcun rimedio in particolare, la soluzione prescelta variando, sensibilmente, a seconda dei casi. Ci pare, però, che sia possibile indicare un percorso prestabilito di individuazione dello strumento modificativo. Si intende, cioè, prospettare un concorso graduato tra più strumenti modificativi, ordinati secondo un criterio gerarchico, che si è ritenuto di trarre dalla disciplina generale sull'integrazione del contratto.

L'art. 1374 c.c. potrebbe offrire la logica a cui ispirare la costruzione di una tavola di strumenti idonei a modificare il contratto affetto da nullità parziale necessaria, secondo un principio di minor interferenza possibile con l'autonomia privata.

Ne consegue che, di regola, il giudice dovrebbe favorire la naturale sostituzione delle norme imperative violate ovvero la riespansione delle regole del diritto dispositivo abusivamente derivate, riallineando, così, la pattuizione privata alle prescrizioni legali.

Sullo stesso piano della legge, però, riteniamo si collochi, in adesione a un'autorevole dottrina, anche la possibilità di invocare la buona fede contrattuale. Questa è stata intesa soprattutto come strumento idoneo a richiamare le parti agli obblighi di correttezza a cui sono *ex lege* tenuti. Dalla buona fede si è, allora, ritenuto di trarre la sussistenza di un preciso obbligo, a carico dei contraenti: quello di negoziare la pattuizione contrattuale dichiarata nulla, affinché provvedano loro stessi a rimediare alla lacuna contrattuale.

Nonostante i problemi - a suo tempo evidenziati - relativi alla corretta ricostruzione della natura dell'obbligo di rinegoziazione e alle conseguenze del suo inadempimento, questo strumento ci appare particolarmente significativo, in quanto è quello più in linea con la

⁵³⁹ Già l'entrata in vigore della Carta Costituzionale aveva elevato la persona a valore di vertice dell'ordinamento, imponendo, attraverso l'enunciazione del principio di eguaglianza sostanziale, la predisposizione di statuti normativi diseguali per situazioni differenti. Ma è stato, soprattutto, lo sviluppo della legislazione speciale di settore a «sancire l'avvento definitivo di una strategia normativa di tipo nuovo, consistente nella differenziazione e diversificazione della disciplina a seconda della reale natura e portata degli interessi sottesi alla singola operazione contrattuale, delle specifiche qualità, condizioni e posizioni dei soggetti, della particolare destinazione e funzione dei beni e servizi dedotti, come pure dell'area di appartenenza dell'attività, di cui il singolo contratto costituisce applicazione». Le osservazioni sono di V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., p. 425.

duplice esigenza di tutelare tanto l'autonomia contrattuale dei privati, quanto la posizione della parte debole.

Ci sembra, dunque, importante sottolineare, come primo punto di approdo della ricerca, il ruolo primario e sempre più protagonista assunto dalla buona fede anche in questo contesto, quale strumento che «vede notevolmente incrementare il suo potere di intervento sull'intesa contrattuale, in quanto categoria non solo tecnicamente adatta alle nuove esigenze dei contratti di impresa, ma anche idonea ad operare in una dimensione internazionale e a promuovere l'armonizzazione della disciplina a livello europeo»⁵⁴⁰.

La centralità della buona fede e la sua posizione gerarchicamente sovraordinata consentirebbero, oltretutto, di ridimensionare i timori legati all'utilizzo dell'equità, che lo stesso art. 1374 c.c. concepisce come fonte integrativa, ma residuale. L'equità rappresenterebbe, infatti, il criterio alla stregua del quale poter riconoscere al giudice un eccezionale e limitato potere di integrazione-correzione giudiziale, mediante l'elaborazione di una regola idonea a inserirsi organicamente nel contratto.

Tale regola di matrice giudiziale, per non contrastare con l'autonomia privata, dovrebbe essere elaborata in linea con l'operazione economica predisposta dai privati e tarata sulle specificità e le circostanze del caso concreto. L'equità, infatti, come è stato autorevolmente affermato, consente di ampliare i poteri del giudice in ordine all'apprezzamento delle circostanze in cui la stipulazione del contratto è avvenuta⁵⁴¹. Soltanto alla luce di questi elementi, infatti, sarebbe consentito, al giudice, di integrare e modificare il regolamento contrattuale, garantendo, nel contempo, un margine di controllabilità della decisione giudiziale. Difatti, l'integrazione mediante equità realizzerebbe un diverso equilibrio contrattuale, che costituirebbe la risultante delle scelte dei contraenti e dei valori concorrenziali riscontrabili nel mercato e, quindi, di fattori preesistenti al giudizio e sempre controllabili *ex post*⁵⁴².

Per tale via, si offrirebbe la possibilità di assicurare la conservazione del contratto anche nei limitati, ma rilevanti casi in cui non vi sia una regola legale da “iniettare” nel regolamento ovvero quando non sia possibile o non dia buon esito l'attività di rinegoziazione rimessa ai privati.

⁵⁴⁰ Così E. NAVARRETTA, *I contratti d'impresa e il principio di buona fede*, cit., p. 544, la quale evidenzia la portata rinnovatrice del concetto in esame, sotto il profilo assiologico, guardando ai valori fondamentali delle persone anche nel mercato. Si ritiene, allora, di aderire alle conclusioni a cui giunge l'Autorice, nell'osservare che «la buona fede diviene clausola cardine del contratto della post-modernità, dove è interesse di ciascun contraente, tanto più impellente quanto meno schermato dalla protezione dello Stato, perseguire le proprie istanze in conflitto con gli interessi della controparte, operando in un contesto sempre più libero, ma non governato dalla pura forza, in una realtà e secondo una logica sempre più competitive e antagoniste, ma proprio per questo di necessità assoggettate al vincolo del necessario rispetto della controparte».

⁵⁴¹ Il riferimento è, chiaramente, a S. RODOTÀ, *Fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 246.

⁵⁴² Cfr. A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica : profili generali*, cit., p. 354 ss..

Sicché, il carattere del tutto residuale della integrazione giudiziale e i limiti al suo svolgimento potrebbero rappresentare un'efficace soluzione al problema della conservazione del contratto privato di una clausola abusiva essenziale, ogniqualvolta la fonte integrativa legale non possa operare. Si assicurerebbe, in tal modo, un adeguato temperamento tra tutti gli interessi in gioco.

Di questa esigenza la giurisprudenza si è fatta carico in molteplici occasioni.

Si pensi al filone giurisprudenziale sulla nullità della clausola sul corrispettivo di un contratto agrario di affitto di un fondo rustico: a fronte della incostituzionalità della norma sull'equo canone, la Cassazione tende a impedire la caducazione dell'intero contratto invocando proprio l'equità *ex art. 1374 c.c.*.

Lo stesso è a dirsi per il problema della determinazione del corrispettivo per il diritto reale d'uso dello spazio per parcheggio: anche qui la declaratoria di nullità della clausola di esclusione della destinazione di spazio a parcheggio rischia di travolgere l'intero contratto, in mancanza di un intervento integrativo. Intervento che i giudici realizzano sempre attraverso l'equità, quale strumento di riequilibrio dell'operazione economica nel suo complesso.

Ancor più rilevante è poi l'importanza di consentire un estremo tentativo di salvataggio del regolamento mediante equità quando venga dichiarata nulla la clausola sul corrispettivo di un contratto di lavoro subordinato. Oppure quando venga accertato un abuso di dipendenza economica nella determinazione del prezzo del contratto di impresa.

Questi casi affrontati dalla giurisprudenza testimoniano, in modo plastico, le conseguenze a cui si esporrebbe la parte più debole, se l'ordinamento non si facesse carico di ammettere forme di modificazione del contratto per mano del giudice, quanto meno quando vengano in considerazione pattuizioni essenziali.

Oltretutto, è lo stesso diritto europeo ad ammettere questa possibilità, quando l'art. 3.10 dei Principi *Unidroit* o l'art. 4:109 Pecl contemplano, espressamente, l'adattamento del contratto affetto da una *gross disparity*, al fine di evitare il totale annullamento dello stesso. A tacer poi di specifiche previsioni contenute nelle normative di vari ordinamenti europei, come i citati § 306 BGB e la *Section 36* del *Contract Act* dei Paesi scandinavi.

Naturalmente, la presa d'atto della possibilità di modificare un regolamento per mano del giudice, finanche mediante la creazione di una regola giudiziale, impone di circoscrivere e definire puntualmente i margini di esercizio di questo potere.

Due ci sembrano le condizioni la cui presenza si rende necessaria⁵⁴³.

Sul piano sostanziale, come visto, si è ritenuto di individuare il fondamento della integrazione della lacuna sopravvenuta in una disposizione generale come l'art. 1374 c.c., che

⁵⁴³ Cfr. F. AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, cit., p.81-82.

prospetta una tavola di strumenti modificativi di intensità differente, graduati secondo una logica di concorso gerarchico. Con la conseguenza che l'inserzione di una regola giudiziale espressione di equità può avere luogo soltanto nei casi in cui gli altri strumenti modificativi, gerarchicamente sovraordinati, non siano in concreto applicabili nel caso di specie. L'intervento del giudice mediante equità è, quindi, destinato a operare in via del tutto sussidiaria rispetto alle fonti integratrici riconducibili alla legge, sia pure intendendo quest'ultima nell'accezione lata che si è illustrata in precedenza.

Nel contempo, sul piano processuale, a circoscrivere il potere giudiziale è anche la stessa disciplina del processo civile. Da un lato, è vero che l'integrazione del regolamento per mano del giudice costituisce un corollario del potere di rilevare d'ufficio e di dichiarare la nullità del contratto, sull'assunto che se il giudice può ridurre *ex officio* il contratto, allora, può, altresì, modificarlo. Dall'altro lato, è altrettanto vero che, anche in questo contesto, viene in considerazione il limite rappresentato dalla volontà del consumatore.

Con ciò intendiamo sostenere che, sotto il profilo processuale, in tanto il giudice può modificare il contratto nelle varie forme consentite, in quanto il contraente debole non abbia espresso la sua opposizione alla conservazione del contratto. Coerentemente, infatti, con la logica sottesa alla regola della legittimazione relativa a far valere la nullità di protezione, al consumatore deve essere riconosciuta la possibilità di preferire una sentenza che dichiari la nullità dell'intero contratto, se non ha più interesse a rimanere vincolato al regolamento, neppure ove modificato in funzione concretamente protettiva. Il potere del giudice troverebbe, così, un limite ulteriore in quella facoltà di opposizione del consumatore, connaturata alla natura e alla funzione stessa del rimedio invalidante.

Questo significa, in conclusione sul punto, che l'aver ammesso la modifica integrativa del contratto mediante equità, sia pure in via residuale, non esime l'interprete dal verificare se, nel caso di specie, l'equità non possa in concreto operare. Talvolta, infatti, la caducazione dell'intero contratto resta una soluzione inevitabile e da preferire.

Ove si ritenga di condividere l'opzione ricostruttiva prospettata dal presente lavoro, si perverrà, altresì, a svolgere due ulteriori riflessioni conclusive: l'una circa l'evoluzione dell'istituto della nullità, l'altra circa i rapporti tra poteri del giudice e nullità di protezione. Con l'avvertenza che i due aspetti sono strettamente interconnessi tra loro.

Con riferimento al primo profilo, l'odierno panorama dell'istituto ci offre una pluralità di forme di nullità. Non solo si assiste alla proliferazione, accanto al paradigma classico della nullità codicistica, di una serie di figure di invalidità in funzione conformativa del regolamento contrattuale; ma, anche all'interno della categoria delle nullità c.d. speciali, si ravvisa una pluralità di figure tra loro piuttosto eterogenee. Tanto è vero che la nullità, oggi,

rappresenta il più significativo esempio di quel passaggio dall'unità alla pluralità, che sta interessando tanti istituti del diritto civile⁵⁴⁴.

A riguardo, il tratto più evidente del molteplice che connota anche la categoria delle nullità speciali è, senz'altro, da cogliere nella predisposizione al “rimeodellamento” del regolamento contrattuale, in vista della più adeguata realizzazione dell'assetto di interessi sotteso alla pattuizione.

Questa tendenza è, sicuramente, influenzata dallo sviluppo del diritto europeo e dalla esigenza di garantire quell'effettività delle tutele, che mal si presterebbe ad essere realizzata se la nullità si presentasse in forma monolitica e incolore.

Per questi motivi, le nullità di protezione tendono, sempre più spesso, a produrre effetti non meramente demolitori, ma costruttivi, di graduazione dell'efficacia del contratto. Ed è proprio in questa tendenza alla conformazione del regolamento che possiamo inserire quei casi in cui la nullità ci appare posta «a protezione di un contenuto minimo necessario del contratto che s'intende salvaguardare e perseguire ad ogni costo». In tal caso, alla eliminazione dei singole parti del regolamento, si può affiancare «la contestuale e automatica integrazione o sostituzione delle parti caducate (...)» con regole dettate dal legislatore o, addirittura, dal giudice o da organismi autorizzati⁵⁴⁵.

E qui si coglie il punto di connessione con l'altro profilo di riflessione che si intende porre in evidenza. Il tema oggetto della presente indagine, infatti, si presta a essere inserito nella più generale tendenza dell'ordinamento a dilatare i margini di intervento del giudice sul contratto, con un contestuale ridimensionamento, o meglio, una rilettura, del concetto tradizionale di autonomia privata.

Come si è già avuto modo di evidenziare, la disciplina del contratto affetto da nullità di protezione, sin qui ricostruita, costituisce uno dei più significativi esempi della mutata concezione dell'autonomia privata, di fronte al proliferare di molteplici e sempre più rilevanti interessi meritevoli di ricevere particolare protezione.

L'ordinamento nazionale, sulla scia dei principi europolitari, pur lasciando ai privati la possibilità di autoregolamentare i propri interessi, tende, tuttavia, a riservarsi un controllo progressivamente più rigoroso circa le modalità in cui l'autonomia negoziale si manifesta.

⁵⁴⁴ Cfr. V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema del diritto europeo dei contratti*, cit., p. 489 ss..

⁵⁴⁵ Così V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., p. 430-431. sul punto, si vedano anche le considerazioni di M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, cit., p. 57, il quale puntualizza che «la correzione non è preordinata a piegare il contratto ad una misura politica o etica superiore. È rivolta, invece, a conformarne il contenuto agli assetti che esso avrebbe presentato ove l'esercizio dell'autonomia privata si fosse sviluppato secondo i postulati che il modello mercantile assegna ai suoi scambi». Poiché la disfunzione discende dall'asimmetria tra le posizioni dei contraenti, ne consegue che «la correzione del contenuto negoziale è chiamata a dar vita ad un ripristino coattivo di tale simmetria, che appresta una strategia di manutenzione del mercato alternativa alla tradizionale strategia demolitoria dei vizi del consenso e della responsabilità precontrattuale».

Sempre maggiori sono, infatti, i limiti imposti alla contrattazione privata nell'ottica di assicurare il perseguimento di finalità che trascendono quelle prettamente privatistiche, per abbracciare obiettivi ulteriori e superiori⁵⁴⁶.

Costituisce un esempio paradigmatico di questa tendenza, come visto, il diffondersi, nella giurisprudenza, del sindacato sulla meritevolezza, sempre più spesso invocato come strumento di controllo dell'equilibrio (anche economico) del contratto.

Quest'ultima frontiera del controllo sull'autonomia privata, insieme al problema degli effetti della declaratoria di nullità di una clausola abusiva essenziale, costituiscono, quindi, espressione di poteri di intervento sul contratto *ab externo* ed *ex post*; i quali appaiono sempre più essenziali per garantire che l'esercizio della libertà contrattuale, soprattutto nell'ambito delle contrattazioni asimmetriche, si svolga nel rispetto di fondamentali principi di solidarietà sociale, di effettività e adeguatezza delle tutele, di ragionevolezza, di proporzionalità.

Di fronte al silenzio del dato normativo codicistico sul problema dell'equilibrio contrattuale, è all'opera della dottrina e della giurisprudenza che occorre guardare, per comprendere di quali strumenti deve dotarsi la disciplina del contratto, al fine di fronteggiare l'imprescindibile esigenza di contemperare due valori tanto centrali, quanto, apparentemente, contrapposti: quando a venire in considerazione è la tutela della persona nel mercato, l'ordinamento deve predisporre tutti gli strumenti idonei a realizzare sia la libertà, sia la solidarietà degli individui, nella tensione verso un ideale di giustizia contrattuale che si deve ritenere insito nella stessa disciplina contrattuale⁵⁴⁷.

Ciò nella consapevolezza che contratto “giusto” vuol dire, oggi, che l'autonomia privata è chiamata a indirizzarsi verso un risultato “giusto”, cioè verso un assetto equo di tutti gli interessi in gioco.

⁵⁴⁶ Basti pensare agli obblighi di informazione e alle regole sul c.d. neoformalismo negoziale, introdotti dal diritto europeo nell'ottica di regolare gli scambi all'interno del mercato attraverso la tutela del consumatore o utente. Sul tema, la dottrina è sterminata. Si ricordano, però, alcuni contributi particolarmente significativi: A.C. NAZZARO, *Obblighi di informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, p. 289 ss.; E. BAFFI, *I limiti dell'autonomia contrattuale nel pensiero economico e filosofico contemporaneo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 631 ss.; V. ROPPO, *A partire dalla formazione: divagazioni non molto ortodosse in tema di contratto*, in *AA.VV., Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, Milano, 2004, p. 31 ss.; N. IRTI, *La fondazione hegeliana del “diritto dei consumatori”*, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006, p. 479 ss.; F. ADDIS, *Diritto comunitario e “riconcettualizzazione” del diritto dei contratti*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 879 ss..

⁵⁴⁷ Come è noto, le istanze di giustizia sono ritenute, tradizionalmente, estranee al campo del diritto, potendo, al più, rilevare nell'interpretazione c.d. adeguatrice per la legge o per il contratto. Oggigiorno, invece, si registra la tendenza a demandare l'attuazione di tali istanze ai giudici attraverso l'intervento diretto sugli effetti del contratto, già formato o in fase di formazione. Questa tendenza può essere spiegata «da un lato, per via dell'espansione degli spazi lasciati all'autonomia contrattuale (specialmente nel diritto di fonte europea, che ad essa affida (...) il compito di regolare il mercato, dall'altro, a causa della rinuncia, da parte del diritto di formazione statale, ad attuare *direttamente* le suddette istanze» (così R. MONTINARO, *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, Milano, 2017, p. 34-35).

BIBLIOGRAFIA

ABATANGELO, C., *La richiesta di riduzione della clausola penale: un'ipotesi di c.d. eccezione in senso lato?*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 43 ss..

ADAMO, G., *Le nullità di cui all'art. 7 d.leg. 9 ottobre 2002, n. 231 in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Resp. comunic. impr.*, 2004, p. 145 ss..

ADDIS, F., *Diritto comunitario e "riconcettualizzazione" del diritto dei contratti*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 879 ss..

ALBANESE, A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

ALBANESE, A., *Disciplina generale e discipline speciali delle invalidità del contratto di lavoro*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 398.

ALBANESE, A., *Contratto mercato responsabilità*, Milano, 2008.

ALBANESE, A., *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 669 ss..

ALESSI, R., *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Joros e Asbeek Brusse*, in *www.juscivile.it*, 2013, 7 ss..

ALESSI, R., *Nullità di protezione e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 4, 1141 ss..

ALLARA, V., *Il testamento*, Padova, 1936.

ALLEGRETTI, U., *L'imparzialità amministrativa*, Milano, 1965.

ALPA, G., *Per il recepimento della direttiva comunitaria sui contratti dei consumatori*, in *Contr.*, 1994, p. 115 ss..

ALPA, G., *L'equità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, p. 231 ss..

ALPA, G., *Usura: problema millenario, questioni attuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, II,

p. 181 ss..

ALPA, G., PATTI, S., *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, Milano, 1996.

ALPA, A., *Il ricorso all'analogia nella giurisprudenza. Esempi, tecniche e stili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, II, p. 50 ss..

ALPA, G., *Nuove frontiere del diritto contrattuale*, in AA.VV., *Il diritto privato dell'Unione europea*, a cura di Tizzano, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, vol. XXVI, Torino, 2000.

ALPA, G., *I Principle of European Contract Law predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 483 ss..

ALPA, G., *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita not.*, 2002, p. 629 ss..

ALPA, G., *I poteri regolamentari delle autorità indipendenti*, in Morosino-Morbidelli-Morisi (a cura di), *Istituzioni, mercato democrazia, Liber amicorum per gli 80 anni di Alberto Predieri*, 2002.

ALPA, A., DELFINO, R., *Il contratto nel common law inglese*, Padova, 2006.

ALPA, G., *Le "autonomie contrattuali" tra mercato e persona*, in G. Alpa e V. Roppo (a cura di), *La vocazione civile del giurista. Saggi dedicati a Stefano Rodotà*, Roma-Bari, 2013.

ALPA, G., *Note sul progetto grancese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. del dir. priv.*, 2015, p. 177 ss..

AMADIO, G., *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 296 ss..

AMAGLIANI, R., *Profili della forma della nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999.

ANDRIOLI, V., *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979.

ANZON, A., *Modi e tecniche del controllo di ragionevolezza*, in SS.VV., *La giustizia costituzionale ad una svolta*, Milano, 1992.

ARCHIDIACONO, B., *Le aree a parcheggio: vincoli urbanistici e autonomia privata*, in *Giur. it.*, 1999, p. 1394 ss..

ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, (V, 1136°-1138°) e *Retorica* (I, 1374 a-b).

ASQUINI, A., *Usi legali e usi negoziali*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, p. 365 ss..

ASTONE, F., *Art. 1367*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta-A. Orestano, Torino, 2012, p. 546 ss..

ASTONE, F., *Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di «penale» e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 3770 ss..

ATIYHA, P.S., *The rise and fall of freedom of contract*, Oxford, 1979.

ATTANASIO, A., *Principio di proporzionalità dell'azione amministrativa e libertà fondamentali*, in *Merito*, 2004, 10, p. 106 ss..

AZZALINI, M., *Impossibilità ed inesigibilità nel debito di genere*, Milano, 2011.

AZZARRI, F., *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Oss. dir. civ. cont.*, 2017, 1, p. 80 ss..

BACCARINI, F.S., *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm.-C.d.s.*, 2009, p. 2189 ss..

BAFFI, E., *I limiti dell'autonomia contrattuale nel pensiero economico e filosofico contemporaneo*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, p. 631 ss..

BARASSI, L., *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1948.

BARBA, A., *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. Cuffaro, Napoli, 1998.

BARBA, A., *sub Art. 143*, in AA.VV., *Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, coordinatore Barba-Barengi, Milano, 2006.

BARBA, A., *Consumo e sviluppo della persona*, Torino, 2017.

BARBERA, A., *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?*, in AA.VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*,

Milano, 1997.

BARBIERA, L., *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964.

BARCELLONA, M., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969.

BARCELLONA, M., *Un breve commento sull'integrazione del contratto*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 540 ss..

BARCELLONA, M., *La buona fede e il controllo giudiziale dei contratti*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002.

BARCELLONA, M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziare e gestione delle sopravvenienze*, in *Eu. dir. priv.*, 2003, p. 467 ss..

BARCELLONA, M., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006.

BARCELLONA, M., MAUGERI, M.R., *Il mutamento delle circostanze e l'obbligo di rinegoziare*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, a cura di C. Castronovo-S. Mazzamuto, Milano, 2007.

BARCELLONA, M., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eu. dir. priv.*, 2008, p. 41 ss..

BARCELLONA, M., *Un'altra complessità: l'orizzonte europeo e i problemi della causa*, in *Jus civile*, 2016, p. 362 ss..

BARENGHI, A., *Commento all'art. 1419-bis*, in A. Barengi (a cura di), *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996.

BARTOLINI, F., BENEDETTI, A.M., *La nuova disciplina dei contratti di cessione dei prodotti agricoli e agroalimentari*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, II, p. 641 ss..

BATTELLI, E., *L'intervento dell'Autorità Antitrust contro le clausole vessatorie e le prospettive di un sistema integrato di protezione dei consumatori*, in *Eu. dir. priv.*, 2014, p. 207 ss..

BELLELLI, A., *Art. 1469-quinquies, 1o e 3o comma*, in *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore* a cura di G. Alpa e S. Patti, in *Il codice civile. Commentario* fondato da P.

Schlesinger, diretto da F. Busnelli, Milano, 2003.

BELLOCCI, M., *Sul nuovo orientamento della Corte Costituzionale in tema di rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno*, in *Giur. it.*, 1986, I, p. 30 ss..

BELVEDERE, A., *Interpretazione estensiva e analogia: alcune considerazioni*, in *Diritto Privato*, 2001-2002, Padova, 2003.

BENACCHIO, G., *Diritto privato della Comunità europea*, 2a ed., Padova, 2001.

BENATTI, F., *Note sulla riforma del libro III del codice civile francese: molto rumore per nulla*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, p. 627 ss..

BENEDETTI, G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 1, p. 17 ss..

BENEDETTI, G., *La formazione del contratto e l'inizio dell'esecuzione- Dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Eu. dir. priv.*, 2005, p. 309 ss..

BENEDETTI, G., *La rescissione*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, VIII, Torino, 2007.

BENEDETTI, A.M., *Contratto asimmetrico* (voce), in *Enc. del dir.*, Annali, V, Milano, 2012, p. 370 ss..

BENUSSI, A., *Ancora sulla rilevabilità d'ufficio della nullità*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 4, 318 ss..

BERTI, G., *Diffusione della normatività e nuovo disordine delle fonti del diritto*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 3, p. 462 ss..

BERTI DE MARINIS, G., *Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità relativa*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2014, 5, p. 612 ss..

BESSONE, M., *Impossibilità "economica" della prestazione, clausola generale di buona fede e giudizio di equità*, in *Foro it.*, 1979, V, p. 49 ss..

BETTI, E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943.

BETTI, E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*,

Milano, 1949.

BIANCA, C.M., *Condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente)*, in *Dig. disc. Priv.*, sez. civ., III, Torino, 1988.

BIANCA, C.M., PATTI, G., PATTI, S., *Lessico di diritto civile*, Milano, 1995.

BIANCA, C.M., *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. L'attuazione della direttiva comunitaria del 5 aprile 1993*, Padova 1996.

BIANCA, C.M., *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2000.

BIGLIAZZI GERI, L., *Sul significato del termine «clausola» in relazione al II comma dell'art. 1419 c.c.*, in *Riv. Trim. proc. civ.*, 1960, 683 ss..

BIGLIAZZI GERI, L., *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. civ.*, II, Torino, 1988.

BIGLIAZZI GERI, L., *L'interpretazione del contratto*, in *Comm. Schelsinger*, Milano, 1991.

BIN, M., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1972, p. 9 ss..

BIN, M., *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. e impr./Europa*, 1996, p. 438 ss..

BITETTO, A., *Riduzione "ex officio" della penale: equità a tutti i costi?*, in *Foro it.*, 2005, 11, p. 2985 ss..

BOBBIO, N., *L'analogia nella logica del diritto*, Memorie dell'Istituto giuridico dell'Università di Torino, 1938.

BOBBIO, N., *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, in *Giur. it.*, 1968, I, c. 698.

BOLOGNA, I., *Considerazioni sulla nullità parziale dei negozi giuridici*, in *Giur. compl. Cass.*, 1951, III, p. 1115 ss.

BONELL, M.J., *Un "codice" internazionale del diritto dei contratti*, Milano, 1995.

- BONILINI, G., *La sanzione dell'usura*, in *Contr.*, 1996, p. 759 ss..
- BRECCIA, U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968.
- BRECCIA, U., *Le obbligazioni*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1991.
- BRECCIA, U., Principles, definitions e model rules nel “comune quadro di riferimento europeo” (Draft Common Frame of Reference), in *Contr.*, 2010, p. 95 ss..
- BREGOLI, A., *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 740 ss..
- BROGGINI, G., *Aspetti storici e comparatistici*, in *L'equità*, Milano, 1975.
- BUCCI, O., *Il principio di equità nella storia del diritto*, Napoli, 2000.
- BÜLOW, P., Kreditvertrag und Verbraucherkreditrecht in BGB, in *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, a cura di R. Schulze, H. Shulte-Nölke, Tübingen, 2001
- BUONANNO, L., *Immeritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti mediante un contratto atipico di finanziamento: nullità o inefficacia? Il commento*, in *Contr.*, 2016, 10, p. 897 ss..
- BUSNELLI, F.D., *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 1, p. 541 ss..
- CAIANI, L., *Analogia (teoria generale)*, in *Enc. del diritto*, II, Milano, 1958.
- CALAMANDREI, P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, I, Padova, 1944.
- CALVO, R., *Le radici del moderno diritto privato europeo con riguardo al controllo sul contenuto del contratto standard*, in *Contr. e impr./Eu.*, 2001, p. 529 ss..
- CALVO, R., *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 297 ss..
- CALVO, R., *I contratti del consumatore*, Padova, 2005.

- CALVO, R., *Clausole claims made fra meritevolezza e abuso secondo le Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 937 ss..
- CAMERO, R., DELLA VALLE, S., *La nuova disciplina dei diritti del consumatore*, Milano, 1999.
- CAMILLETTI, F., *L'art. 2 del Codice del consumo e i diritti fondamentali del consumatore nei rapporti contrattuali*, in *Contr.*, 2007, 10, p. 907 ss..
- CANNIZZARO, N., *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000.
- CAPOBIANCO, E., *L'equilibrio economico nei contratti dei consumatori*, in G. Vettori (a cura di), *Squilibrio e usura nei contratti*, Padova, 2002.
- CAPOBIANCO, E., *L'integrazione*, in *Tratt. del contratto*, diretto da V. Roppo, II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006.
- CAPOBIANCO, E., *Lezioni sul contratto*, Torino, 2014.
- CARBONE, V., *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Corr. Giur.*, 1994, p. 566 ss..
- CARBONE, V., *Il meccanismo di determinazione del tasso-medio e del tasso-soglia*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 435 ss..
- CARBONE, V., *Anatocismo e usi bancari: la Cassazione ci ripensa*, in *Corr. giur.*, 1999, p. 561 ss..
- CARBONE, V., *“Porte aperte” delle sezioni unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*, in *Corr. giur.*, 2015, I, 70 ss..
- CARCATERRA, G., *Analogia: I) teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma 1988.
- CARNACINI, T., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano, 1951.
- CARNELUTTI, F., *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1955, I, p. 210 ss..
- CARINGELLA, F., *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (commento al d.leg. 9 ottobre 2002, n. 231)*, in *Urb. e app.*, 2003, p. 147 ss..

CARINGELLA, F., *I nuovi contratti pubblici*, in *Il sistema del diritto amministrativo*, Roma, 2017.

CARIOTA FERRARA, L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1946.

CARNACINI, T., *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo*, in *Studi in onore di E. Redenti*, II, Milano, 1951.

CARNEVALI, U., voce *Patto commissorio*, in *Enc. Dir.*, XXXII, Milano, 1982.

CARNEVALI, U., *Inadempimento e onere della prova*, in *Contr.*, 2002, 113 ss..

CARNEVALI, U., *La clausola claims made nella sentenza delle Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2016, p. 753 ss..

CARRESI, F., *Il contratto*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, XXI, Milano, 1987.

CASELLA, M., *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974.

CASELLA, M., voce *Negozio giuridico (interpretazione del)*, in *Enc. del dir.*, XVIII, Milano, 1978.

CASTRONOVO, C., *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in *Jus*, 1976, p. 143 ss..

CASTRONOVO, C., voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990.

CASTRONOVO, C., *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie, cioè abusive*, in *Eu. dir. priv.*, 1998, p. 39 ss..

CASTRONOVO, C., *Un contratto per l'Europa*, Prefazione all'edizione italiana de *Principi di diritto europeo dei contratti*, Parte I e II, Milano, 2001, p. XIII ss..

CASTRONOVO, C., *“I principi di diritto europeo dei contratti” come ipotesi di codificazione possibile*, in *Vita not.*, 2002, 1202 ss..

CASTRONOVO, C., MAZZAMUTO, S., *Manuale di diritto privato europeo*, vol. II, *Proprietà, Obbligazioni Contratti*, Milano, 2007.

CASTRONOVO, C., *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, I, p.

29 ss..

CASTRONOVO, C., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità e responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 30 ss..

CASTRONOVO, C., *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

CASTRONOVO, F., *Autonomia contrattuale e disponibilità dell'integrazione. La merger clause dal diritto americano a quello italiano*, Torino, 2017.

CASUCCI, F., *Il sistema giuridico "proporzionale" nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001.

CATAUDELLA, A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966.

CATAUDELLA, A., *Il concetto di nullità del contratto e il suo permanere in vigore*, in *Dir. lav.*, 2006, I, p. 1 ss..

CATAUDELLA, A., *L'uso abusivo dei principi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 4, p. 747 ss..

CESÀRO, E., *Direttiva comunitaria e clausole abusive in Italia*, in V. Rizzo (a cura di), *Diritto privato comunitario. Fonti, principi, obbligazioni e contratti*, Napoli, I, 1997.

CHABAS, F., *Leçon de droit civil, II, vol. 1, Obligations*, Paris, 1998.

CHAGNY, M., *Les contrats d'affaires à l'épreuve des nouvelles règles sur l'abus de l'état de dépendance et le déséquilibre significatif*, in *Aj Contrats d'affaires – Concurrence – Distribution*, 2016, p. 117 ss..

CHESSA, C., *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 439 ss..

CHINÉ, G., FRATINI, M., ZOPPINI, A., *Manuale di diritto civile, VI*, Roma, 2015.

CHIOVENDA, G., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1928.

CIAN, G., *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969.

CIAN, G., *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico-*

ermeneutico delle classificazioni, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 849 ss..

CICIRIELLO, M., *Il principio di proporzionalità nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 1999.

CIOCCA, N., *Responsabilità della banca girataria per l'incasso per il pagamento di assegno (di traenza) non trasferibile*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2008, 5, II, p. 567 ss..

CIPRIANI, N., *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000.

CIRIELLI, S.E., *Clausola di hardship e adattamento nel contratto commerciale internazionale*, in *Contr. e impr.-Europa*, 1998, p. 733 ss..

CLAIS-AULOY, J., STEINMETZ, F., *Droit de la consommation*, 5a ed., Paris, 2000.

CLARICH, M., *Manuale di diritto amministrativo*, 2a ed., Bologna, 2015.

CLARIZIA, O., *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012.

COLANGRANDE, R., *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1998, p. 700 ss..

COLOMBO, C., *La forma dei contratti quadro di investimento: il responso delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2018, 3, p. 568 ss..

CONSOLO, C., *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, 4, 941 ss..

CONSOLO, C., GODIO, F., *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, II, 225 ss..

CONTI, R., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, in *Pol. dir.*, 2007, 3, p. 377 ss..

COPPO, L., *Gli ultimi sviluppi della riforma del code civil: l'Ordonnance n. 131 del 2016 e il nuovo diritto francese delle obbligazioni e dei contratti*, in *Contr. e impr./Eu.*, 2016, p. 327 ss..

CORAPI, V., *L'equilibrio delle posizioni contrattuali nei principi Unidroit*, in *Eu. dir. priv.*,

2002, p. 32 ss..

CORRIAS, P., *La clausola claims made al vaglio delle Sezioni Unite: un'analisi a tutto campo*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, p. 656 ss..

COSTANZA, M., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 423 ss..

COSTANZA, M., *Condizioni generali di contratto e contratti stipulati dai consumatori*, in *Giust. civ.*, 1994, II, p. 543 ss..

COSTANZA, M., *Anatocismo: la svolta della Cassazione*, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1585 ss..

COTTEREAU, V., *La clause réputée non écrite*, in *Sem. jur.*, 1993, p. 315 ss..

COTTINO, G., *Dalle Sezioni Unite alle Sezioni semplici: precisazioni (e dubbi) in tema di responsabilità per il pagamento di assegno bancario (trasferibile e non) a soggetto non legittimato ad esigerlo*, in *Giur. it.*, 2008, 1152 ss..

CRISCUOLI, G., *La nullità parziale del negozio giuridico. Teoria generale*, Milano, 1959.

CRISCUOLO, F., *Determinazione per relationem del prezzo di una somministrazione e intervento sostitutivo del giudice in sede cautelare*, in *Rass. dir. civ.*, 1996, p. 460 ss..

CRISCUOLO, F., *Diritto dei contratti e sensibilità dell'interprete*, Napoli, 2003.

CRISCUOLO, F., *Principio di proporzionalità, riduzione ad equità della penale e disciplina della multa penitenziale*, in *Riv. arb.*, 2006, p. 387 ss..

CUFFARO, V., *Patti contrari alla legge (contratto di locazione e nullità speciali)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 465 ss..

CUMYN, M., *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée des nullités contractuelles*, Parigi, 2002.

D'ADDA, A., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008.

D'ADDA, A., *La correzione del «contratto abusivo»*, in *Le invalidità di diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011.

D'ADDA, A., *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.

D'ADDA, A., *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.

D'ALESSANDRO, E., *Le Sezioni Unite compongono il contrasto giurisprudenziale riguardante la rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto nell'ambito del processo intentato per ottenere la risoluzione. Il punto di vista del processual-civilista*, in *Giur. it.*, 2013, 4, 907 ss..

D'AMICO, G., *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 649 ss..

D'AMICO, G., *Nullità virtuale – Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contr.*, 2009, 7, 732 ss..

D'AMICO, G., *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo*, in G. D'Amico, S. Pagliantini, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Torino, 2013.

D'AMICO, G., PAGLIANTINI, S., *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Torino, 2013.

D'AMICO, G., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e riduzione della caparra confirmatoria “eccessiva”*, in *Contr.*, 2014, p. 926 ss..

D'AMICO, G., *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, 3, p. 443 ss..

D'AMICO, G., *La “forma” del contratto-quadro e x art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus*, in *Contr.*, 2018, 2, p. 133 ss..

D'ANTONIO, A., *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Padova, 1974.

DALFINO, D., *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 907 ss..

DALMARTELLO, A., *Epilogo sulla questione della clausola floor in Spagna? Chiarimenti della Corte di Giustizia sugli effetti della non vincolatività delle clausole abusive*, in *Riv. dir.*

banc., 2017, 2, p. 1 ss..

DAMM, R., *Verbraucherrechtliche Sondergesetzgebung und privatrechtssystem* in *JZ*, 1978, p. 173 ss..

DANIELE, L., *Ancora sui rapporti tra diritto comunitario e diritto interno incompatibile secondo l'ordinamento costituzionale italiano*, in *Dir. comm. sc. int.*, 1985, p. 4667 ss..

DE ANGELIS, L., *Commento all'art. 117*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, III, Padova, 2012.

D'ANGELO, A., *La buona fede*, in M. Bessone (a cura di), in *Trattato di diritto privato*, vol. XIII, tomo IV, Torino, 2004.

DE CRISTOFARO, G., *Obbligazioni pecuniarie e contratti d'impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, in *Studium iuris*, 2003, p. 12 ss..

DE CUPIS, A., *Giudice, equità e diritto privato*, in *Giust. civ.*, 1984, II, p. 377 ss..

DE FELICE, D., *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008.

DE LUCA, M., *La clausola penale*, Milano, 1998; S. MAZZARESE, *Clausola penale*, nel *Commentario del codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999.

DE MARZO, G., *Ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr.*, 2002, p. 630 ss..

DE MARZO, G., *I vincoli a parcheggio tra ridimensionamenti giurisprudenziali e novità normative*, in *Urban., app.*, 2006, 3, p. 306 ss..

DE GIOVANNI, B., *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964.

DE NOVA, G., *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. critica di dir. priv.*, 1985, 435 ss..

DE NOVA, G., *Clausola penale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988.

DE NOVA, G., *La tutela dei consumatori nei confronti delle clausole abusive. Il commento*, in *Contr.*, 1993, p. 356 ss..

DE NOVA, G., *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, p. 482 ss..

DE NOVA, G., *I contratti dei consumatori e la legge sulle associazioni*, in *Contr.*, 6, 1998, p. 545 ss..

DE NOVA, G., *Capitalizzazione trimestrale degli interessi: verso un “revirement” della Cassazione?*, in *Contr.*, 1999, p. 437 ss..

DE NOVA, G., *Provvedimenti delle autorità indipendenti e disciplina dei contratti*, in *Soc.*, 2001, p. 519 ss..

DE NOVA, G., *Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 5 ss..

DE NOVA, G., DE NOVA, S., *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Milano, 2003.

DE NOVA, G., *La nuova legge sul franchising*, in *Contr.*, 2004, p. 763 ss..

DEL PRATO, E., *Autorità indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 515 ss..

DELLA NEGRA, F., *Il “fairness test” nelle clausole vessatorie: la Corte di Giustizia e il diritto nazionale*, in *Contr.*, 2013, 11, p. 1060 ss..

DELLI PRISCOLI, L., *Rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione, contraente “debole” e tutela del mercato*, in *Giurisp. Comm.*, 2015, 5, 978 ss..

DI BONA, L., *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto*, Napoli, 2008.

DI LORENZO, G., *Abuso di dipendenza economica e contratto nullo*, Padova, 2009.

DI LORENZO, G., *Contratto e divieto di discriminazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 2, p. 567 ss..

DI MAJO, A., *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967.

DI MAJO, A., *Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. comm.*,

1970, I, p. 192 ss..

DI MAJO, A., *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole* (Atti della tavola rotonda svoltasi a Catania il 17-18 maggio 1969), Milano, 1970.

DI MAJO, A., *sub art. 1175, Delle obbligazioni in generale*, in *Comm. al codice civile Scialoja-Branca, sub artt. 1173-1176*, Bologna-Roma, 1988.

DI MAJO, A., *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 1 ss..

DI MAJO, A., *La nullità*, in A. Di Majo, G.B. Ferri e M. Franzoni, (a cura di), *Il contratto in generale*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XIII, 7, Torino, 2002.

DI MAJO, A., *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1706 ss..

DI MAJO, A., *Una New Age per le tutele contrattuali?*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo Di Majo*, Napoli, 2012.

DI MAJO, A., *Contratti di investimento mobiliare: il "balletto" delle forme*, in *Giur. it.*, 2018, 3, p. 568 ss..

DI MARZIO, F., *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 475 ss.

DI MARZIO, F., *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 396 ss.

DI MARZIO, F., *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 837 ss..

DI MARZIO, F., *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. e impr.*, 2006, 3, p. 677 ss..

DI MARZIO, F., *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 339 ss..

DOMAT, J., *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, I, Paris, 1777.

- DONA, M., *Il codice del consumo, regole e significati*, Torino, 2005.
- DI MARZIO, F., *La nullità del contratto*, Padova, 2008.
- DONZELLI, R., *La tutela collettiva dei consumatori davanti alla Corte di Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 214 ss..
- ECKERT, H.W., in *WM* 1993, 1070-1077
- FACCI, G., *La nullità virtuale del contratto e la violazione del principio di buona fede*, in *Contr. e impr.*, 2012, 6, 1415 ss..
- EMILOU, N., *The principle of proporzionalità in European Law. A comparative study*, London, 1996.
- ESPOSITO, C., *I tre commi dell'art. 41 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 31 ss..
- FABRE, R., *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, in *Rev. tr. dr. civ.*, 1983, p. 1 ss..
- FALZEA, A., *Gli interessi legittimi e le situazioni giuridiche soggettive*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 683 ss..
- FALZEA, A., *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*. VI ed., Milano 2008.
- FANELLI, M.G., *La recente giurisprudenza della Corte di Giustizia sulla direttiva n. 93/13/CEE in materia di clausole abusive*, in *Contr. e impr.*, 2012, 2, 967 ss..
- FARNETI, M., *La vessatorietà delle clausole "principali" nei contratti del consumatore*, Padova, 2009.
- FAUCEGLIA, G., *Direttiva 2000/35/Ce in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr.*, 2001, p. 307 ss..
- FAUCEGLIA, D., *L'eterointegrazione del contratto ad opera dei provvedimenti dell'autorità dell'energia elettrica e del gas*, in *Contr.*, 2016, 11, p. 1000 ss..
- FEDELE, A., *L'invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943.
- FEDERICO, A., *Nuove nullità e integrazione del contratto*, in Bellavista-Plaia (a cura di), *Le*

invalidità nel diritto privato, Milano, 2011.

FEMIA, P., *Due in uno. La prestazione sportiva tra pluralità e unitarietà delle qualificazioni*, in AA.VV., *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico*, Napoli, 2009.

FERRAJOLI, L., *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. Giust.*, 2016, 4, p. 1 ss..

FERRANTE, E., *Alcune considerazioni “malgrado” o “contro” la buona fede dopo la rettifica della direttiva Ce 13/93*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 2, p. 541 ss..

FERRARA, D., *Il potere regolamentare delle autorità indipendenti*, Torino, 2012.

FERRARI, F., *I “principi per i contratti commerciali internazionali” dell'Unidroit e il loro ambito di applicazione*, in *Contr. e impr. - Eu.*, 1996, p. 300 ss..

FERRI, G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

FERRI, G.B., *Condizioni generali di contratto, diritto dispositivo e ordine pubblico*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole* (Atti della Tavola Rotonda svoltasi a Catania il 17-18 maggio 1969), Milano, 1970.

FERRI, G.B., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 81 ss..

FERRI, G.B., *Interessi usurari e criterio di normalità*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, I, p. 289 ss..

FERRI, G.B., *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 1 ss..

FERRI, G.B., *Ordine pubblico (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXX, Milano, 1980.

FERRI, G.B., *Forma e autonomia negoziale*, in *Quad.*, 1987, p. 327 ss..

FERRI, G.B., *Il negozio giuridico e la disciplina di mercato*, in *Le anamorfosi del diritto civile attuale: saggi*, Padova, 1994.

FERRI, G.B., *Autonomia privata e poteri del giudice*, in *Dir. e giur.*, 2004, p. 1 ss..

FICI, A., *Sub art. 36*, in E. Gabrielli (a cura di), *Commentario al codice del consumo*, Torino, 2011.

FILANTI, G., *Inesistenza giuridica e nullità del negozio*, Napoli, 1983.

FILANTI, G., *Nullità (nullità speciali)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 2004.

FIN-LANGER, L., *L'équilibre contractuel*, Paris, 2002.

FIORAVANTI, M., *Il legislatore e i giudici di fronte alla Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2016, 1, p. 7 ss..

FIN, C., *Illegittimità del protesto e risarcimento del danno non patrimoniale per violazione del dovere di protezione nei confronti del correntista*, in *Resp. civ.*, 2011, p. 752 ss..

FLUME, W., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II, Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg, 1979, p. 548 ss..

FOÀ, S., *I regolamenti delle Autorità indipendenti*, Torino, 2002.

FONSI, G., *Il principio di conservazione del contratto*, in *Vita not.*, 1995, p. 1043 ss..

FORNASARI, R., *La meritevolezza della clausola claims made*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, 4, p. 1378 ss..

FRAGALI, M., *Obbligazioni*, in *Comm. al codice civile*, diretto da D'Amelio e D'Avanzo, Firenze, 1948.

FRAGALI, M., *Sub art. 1815*, in *Comm. del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, artt. 1813-1822, Bologna-Roma, 2^a ed., 1966.

FRANCANZANI, M., *Analoga e interpretazione estensiva dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2003.

FRANCO, R., *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili e prospettive assiologiche*, Padova, 2010.

FRANZONI, M., *sub art. 1374, Degli effetti del contratto, II, Integrazione del contratto e suoi effetti reali e obbligatori*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999.

FRANZONI, M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e*

impr., 1999, p. 83 ss..

FRANZONI, M., *La causa e l'interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico*, in *Persona e mercato*, 2018, 2, p. 54 ss..

FREY, K., in *ZIP* 1993, 572 ss..

FRIGNANI, A., *Hardship clause*, in *Dig. disc. Priv.*, sez. comm., VI, Torino, 1991.

FRIGNANI, A., TORSELLO, M., *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, Padova, 2010.

FROSINI, V., *Equità (nozione)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966.

GABBANELLI, C., *Il giudizio in ordine all'essenzialità di una clausola nulla contenuta in un contratto preliminare va condotto secondo un criterio oggettivo*, in *Corr. giur.*, 2013, 8-9, p. 1074 ss..

GABRIELLI, E., *Poteri del giudice ed equità del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1991, p. 479 ss..

GABRIELLI, E., ORESTANO, A., *Contratti del consumatore*, Torino, 2000.

GAMBARO, A., *Contratto e regole dispositive*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 1, p. 4 ss..

GALETTA, D.U., *Discrezionalità amministrativa e principio di proporzionalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comm.*, 1994, 1, p. 142 ss..

GALETTA, D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

GALGANO, F., *Il negozio giuridico*, Milano, 1988.

GALGANO, F., *Lex mercatoria. Storia del diritto commerciale*, Bologna, 1993.

GALGANO, F., *Sull'equitas delle prestazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 421 ss..

GALGANO, F., sub art. 1374, in *Comm. al cod. civ. Scialoja e Branca, Degli effetti del contratto*, Bologna, 1993.

GALGANO, F., *Dialogo sull'equità (fra il filosofo del diritto e il giurista positivo)*, in *Contr. e impr.*, 1996, p. 461 ss..

GALGANO, F., sub art 1419, in *Commentario Scialoja-Branca, Della simulazione, della nullità del contratto, dell'annullabilità del contratto (artt. 1414-1446)*, Bologna-Roma, 1998.

GALGANO, F., *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. e impr./Europa*, 2005, p. 509 ss..

GALGANO, F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 314 ss..

GALGANO, F., ANGELONE, M., *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, in Napoli, 2012.

GALLO, P., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992.

GALLO, P., *Introduzione al diritto comparato, II, Istituti giuridici*, Torino, 1998.

GALLO, P., *Eccessiva onerosità sopravvenuta e problema di gestione del contratto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, agg. VII, Torino, 2012.

GALLO, F., TERRIN, F., *Nuova normativa sulle transazioni commerciali: gli interessi di mora*, in *Impr.*, 2003, p. 57 ss..

GAMBINO, F., *Rinegoziazione (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 2006.

GAROFALO, L., (a cura di), AA.VV., in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, Padova, 2003.

GAZZARRA, M., *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 55 ss..

GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970.

GAZZONI, F., *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, p. 55 ss..

GENOVESE, A., *Gli usi nella disciplina dei contratti commerciali*, in *Riv. trim. dir. e proc.*

civ., 1950, p. 368 ss..

GENOVESE, A., voce *Condizioni generali di contratto*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961

GENTILI, A., *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 412 ss..

GENTILI, A., *Le invalidità*, in *Tratt. Contratti*, diretto da P. Rescigno, *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II, Torino, 1999.

GENTILI, A., *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 369 ss..

GENTILI, A., *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contr.*, 2003, 2, p. 204 ss.

GETE ALONSO Y CALERA, M.D.C., NAVAS NAVARRO, S., in *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, diretto da I. Arroyo Martínez e Jorge Miquel Rodríguez, Madrid, 1999.

GHESTIN, J., *Le contract: formation*, in *Traité de droit civil*, 2^a ed., Paris, 1988.

GHESTIN, J., MARCHESSAUX, I., *L'évolution du droit des clauses abusives en France*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di Alpa e Patti, II, Milano, 1997.

GIANFORMAGGIO, L., *L'analogia giuridica*, in L. Gianformaggio, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, 1986.

GIANNINI, M.S., *L'analogia giuridica*, in *Jus IV*, 1941 e I, 1942.

GIGLIOTTI, F., *Riflessi civilistici della (mancata) registrazione del contratto di locazione, tra nodi problematici ed esigenze di sistema*, in *Contr.*, 2018, 1, p. 25 ss..

GILLES, P., *Zu neueren Verbraucherschutzgesetzgebung in ihrem Verhältnis zum klassischen Privatrecht*, in *JA*, 1980, p. 1 ss..

GILMORE, G., *The death of contract*, Columbus, Ohio, 1974.

GIOIA, *La subfornitura nelle attività produttive*, in *Corr. giur.*, 1998, 8, p. 887 ss..

GIOIA, G., *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, 3, p.

341 ss..

GIORGIANNI, M., *Lezioni di diritto civile*, (anno acc. 1955-1956), Raccolte per uso degli studenti, Bologna, 1956.

GIORGIANNI, M., *Forma degli atti* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968.

GIROLAMI, M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008

GIROLAMI, M., *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus nel sistema dell'invalidità negoziale*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009.

GIROLAMI, M., *La nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2015, 2, p. 192 ss..

GIROLAMI, M., *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, 5, p. 554 ss..

GITTI, G. VILLA, G., a cura di, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.

GIULIANI, A., *L'integrazione del contratto*, in *Giurisprudenza sistematica del diritto civile e commerciale*, fondata da W. Bigavi, tomo I, *Effetti, invalidità e risoluzione del contratto*, Torino, 1991.

GIULIANI, S., *Nullità del contratto quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario e abuso del diritto*, in *Contr.*, 2016, 12, p. 1098 ss..

GORLA, G., *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1955.

GORLA, G., *Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, p. 121 ss..

GRANDE STEVENS, F., *Obbligo di rinegoziazione nei contratti di durata*, in *Diritto privato europeo e categorie civilistiche*, a cura di N. Lipari, Napoli, 1998.

GRASSETTI, C., *L'interpretazione del negozio giuridico*, Padova, 1938.

GRASSETTI, C., *Clausola del negozio*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960.

GRASSETTI, C., voce *Conservazione (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961.

GRASSO, E., voce *Equità (giudizio)*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VII, Torino, 1991.

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

GRASSO, G., *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006.

GRATTON, L., *Les clauses abusives en droit commun des contrats*, in *Recueil Dalloz*, 2016, p. 22 ss..

GRECO, F., *La clausola claims made tra vessatorietà e meritevolezza in concreto: l'erosione dell'autonomia contrattuale nell'interpretazione della giurisprudenza*, in *Danno e resp.*, 2017, 4, p. 441 ss..

GROSSI, P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001.

GRUNDMANN, S., SCHÄFER, M.S., *The French and the German reforms of contract law*, in *Persona e mercato*, 2018, 2, p. 11 ss..

GUADAGNO, S., *Squilibrio contrattuale: profili rimediali e intervento correttivo del giudice*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 12, 744 ss.

GUARNIERI, A., *Meritevolezza dell'interesse* (voce), in *Dig. delle disc. priv.*, XI, Torino, 1994.

GUERINONI, A., MANIACI, A., *Clausola di hardship e compatibilità con l'ordinamento italiano*, in *Dir. e pratica societaria*, 1999, 24, p. 25 ss..

GUIZZI, G., *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, I, p. 126 ss..

HABERSACK-KLEINDIEK-WEIDENMANN, in *ZIP* 1993, 1670-1674.

HENCKEL, W., *Die ergänzende Vertragsauslegung*, in *Archiv. für die civilistische Praxis*, 1960-1961.

HENRICHS, D., in NJW 1995, 153-154.

HEINRICHS, D., in NJW 1996, 2190-2195.

HESSELINK, M.W., *The Concept of Good Faith*, in Hartkamp, Hesselink, Hondius, Mark e du Perron, *Towards a European Civil Code*, Expanded Edition, New York, 2011.

HIRSCHEBERG, L., *Das Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen, 1981.

HUBER, U., *Leistungsstörungen*, I, Tübingen, 1999.

HORN, H., in WOLF-HORN-LINDACHER, *AGB-Gesetz Kommentar*, München, 1999, par. 24 a, n. a margine 9.

IMBRENDA, M., *La nuova disciplina dei contratti del mercato agroalimentare*, in M. Pennasilico (a cura di), *Contratto e ambiente. L'analisi "ecologica" del diritto contrattuale*, Napoli, 2016.

IMBRUGLIA, D., *Effettività della tutela: una casistica*, in *Persona e mercato*, 2016, 2, p. 62 ss..

IRTI, N., *Risoluzione di un contratto nullo?*, in *Foro pad.*, 1970, I, 741 ss..

IRTI, N., *Crisi della legge e giudizio di equità*, in *Dir. soc.*, 1978, p. 371 ss..

IRTI, N., *Principi e problemi dell'interpretazione contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, 4, p. 1139 ss..

IRTI, N., *La fondazione hegeliana del "diritto dei consumatori"*, in *Il diritto europeo dei contratti di impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006.

IRTI, N., *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2009.

IRTI, N., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1, p. 38 ss..

IRTI, N., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 5, p. 987 ss..

IRTI, N., *Un diritto "incalcolabile"*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 1, 11 ss..

IRTI, N., *Un diritto prevedibile*, Torino, 2016.

KENNEDY, D., *La funzione ideologica del tecnicismo del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, p. 333 ss..

KLESTA, L., *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 1549 ss..

KULLMANN, J., *Remarques sur les clauses réputées non écrites*, in *Rec. Sirey*, 1993, Chr., p. 59 ss..

LAGHEZZA, P., *Inadempimento e onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammendo*, in *Foro it.*, 2002, I, p.769 ss..

LAMBERTI, L., *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto nel codice del processo amministrativo*, in *www.giustamm.it*, n. 6/2010.

LARENZ, K., *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts*, Leipzig, 1939.

LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, München, 1967.

LARENZ, K., WOLF, M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 1997.

LARENZ, K., *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, München, 2003.

LA ROSA, E., *La nullità di protezione dal sistema del codice alla normativa europea*, in *AA.VV., Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, a cura di R. Tommasini, Torino, 2007.

LA SPINA, A., *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 117 ss..

LA SPINA, A., *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012.

LAMBO, L., *Obblighi di protezione*, Padova, 2007.

LANDO, O., *Lo spirito dei Principi del diritto contrattuale europeo*, Il codice civile europeo, Materiali e seminari 1999-2000, raccolti da G. Alpa e E.M. Buccico, Milano, 2001.

- LAZZARA, P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova 2001.
- LEMMA, V., *Commento all'art. 120 ter*, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, III, Padova, 2012.
- LENER, G., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, in *Foro it.*, 1996, V, p. 145 ss..
- LIACE, G., *Nota a Trib. Salerno, 12 aprile 2007*, in *Giur. it.*, 2008, p. 138 ss..
- LIBERTINI, M., *Autonomia individuale e autonomia d'impresa*, in *I contratti per l'impresa*, I, *Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, a cura di G. Gitti,-M. Maugeri-M. Notari, Bologna, 2012.
- LIEBMAN, E.T., *Fondamento del principio dispositivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1960, p. 555 ss..
- LINDACHER, W.F., in WOLF-HORN-LINDACHER, *AGB-Gesetz Kommentar*, München, 1999, par. 6 n. a margine 69.
- LIPARI, M., *L'oggetto dell'opzione di vendita e la determinazione del prezzo rinviata a un successivo accordo tra le parti*, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1672 ss..
- LIPARI, M., *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti del contratto: poteri del giudice*, in www.federalismi.it.
- LIPARI, N., *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 227 ss..
- LIVI, M.A., *L'integrazione del contratto*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo*, Padova, 1997.
- LIVI, M.A., *Forma e contenuto del contratto*, in *L'affiliazione commerciale*, a cura di V. Cuffaro, Torino, 2005.
- LUBRANO, F., *L'atto amministrativo presupposto (spunti di una teorica)*, Roma, 1968.
- LUISO, S.P., *Diritto processuale civile*, I, *Principi generali*, 7a ed., Milano, 2013.
- LUNARDON, F., *Le nullità nel diritto del lavoro*, in A. BELLAVISTA-A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011.

MACARIO, F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996.

MACARIO, F., *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 699 ss.

MACARIO, F., *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti tra imprenditori*, in AA.VV., *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di P. Sirena, Milano, 2006.

MACARIO, F., *La risoluzione per eccessiva onerosità. Principi e regole generali*, in *Tratt. contr.*, diretto da V. Roppo, V, *Rimedi*, 2, a cura di V. Roppo, Milano, 2006.

MACARIO, F., *L'autonomia privata*, in L. Nivarra (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008, p. 119 ss..

MACARIO, F., sub *art. 1374 c.c.*, in E. Navarretta, A. Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale*, in E. Gabrielli (diretto da), *Commentario al codice civile*, II, Torino, 2011.

MAGAZZÙ, A., voce *Clausola penale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960.

MAIORCA, S., *Tutela dell'aderente e regole di mercato nella disciplina generale dei "contratti del consumatore"*, Torino, 1998.

MALLET BRICOUT, B., *2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats*, in *Revue trimestrelle droit civil*, 2016, p- 466 ss..

MALVAGNA, U., *Nullità "de futuro" e poteri del giudice (a proposito di un caso spagnolo)*, in *Riv. dir. banc.*, 2016, 8, p. 1 ss..

MALVAGNA, U., *Nullità di protezione e nullità "selettive". A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2017, 6, p. 828 ss..

MANTOVANI, M., *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. Roppo*, IV, *Rimedi*, a cura di A. Gentili, Milano, 2006.

MARICONDA, V., *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*, in *Corr. giur.*, 2001, p., 1565 ss..

MARICONDA, V., *Aree di parcheggio*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1393 ss..

MARICONDA, V., *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008, 223 ss..

MARICONDA, V., *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008, 2, 223 ss..

MARINI, A., voce *Clausola penale*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988.

MARRELLA, F., *Lex mercatoria e Principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto internazionale*, in *Contr. e impr. Europa*, 2000, p. 29 ss..

MARRONE, M., *Istituzioni di diritto romano*, 2a ed., Palermo, 1994.

MASSETANI, G., *Ingiustificate limitazioni alla rilevabilità d'ufficio delle nullità*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 669 ss..

MASSETTO, G.P., *Buona fede nel diritto medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1988.

MAUGERI, M.R., *Abuso di dipendenza economica ed autonomia privata*, Milano, 2003.

MAUGERI, M.R., sub art. 1339, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di E. Navarretta e E. Orestano, Torino, 2011

MAUGERI, M.R., *Effetto conformativo delle decisioni delle autorità indipendenti nei rapporti tra privati*, in AA.VV. (a cura di), *Tutela dei diritti e «sistema» ordinamentale*, Napoli, 2012.

MAUGERI, M.R., *Commento all'art. 125 bis*, in *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Costa, II, Torino, 2013.

MATTIONI, M., *Sul ruolo dell'equità come fonte del diritto dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 3, p. 567 ss..

MAZEAUD, M., *Diritto dei contratti: la riforma all'orizzonte*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, II, p. 802 ss..

MAZEAUD, M., *Prime note sulla riforma del diritto dei contratti nell'ordinamento francese*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 444 ss..

- MAZZACUVA, N., *L'obbligo al segreto bancario e la sua rilevanza in sede penale*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1975, II, p. 143 ss..
- MAZZAMUTO, S., *Legalità e proporzionalità temporale dell'azione amministrativa: prime osservazioni*, in *Foro amm.*, 1993, p. 1739 ss..
- MAZZAMUTO, S., *La responsabilità contrattuale nella prospettiva europea*, Torino, 2015.
- MAZZAMUTO, S., *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 1097 ss..
- MAZZAMUTO, S., *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Eu. dir. priv.*, 1998, I, p. 45 ss..
- MAZZAMUTO, S., *Note minime in tema di autonomia privata nel mercato interno. Le regole. L'informazione come strumento*, in *Europa e dir. priv.*, 2005, I, p. 257 ss..
- MAZZAMUTO, S., *Il contratto di diritto europeo*, Milano, 2012.
- MAZZARESE, S., *Clausola penale*, nel *Commentario del codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999.
- MEDICI, C., *Controllo sulla penale "manifestamente eccessiva" ed equilibrio degli scambi contrattuali*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 411 ss..
- MELE, V., *La nullità di protezione*, in G. Vettori (a cura di), *Contratti e tutela dei consumatori*, Torino, 2007.
- MENCHINI, S., *Limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987.
- MENCHINI, S., *Le Sezioni Unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Nuovi quaderni del Foro italiano*, 2015, 2, p. 1 ss..
- MENGONI, L., *Obbligazioni di «risultato» e «obbligazioni di «mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, p. 226 ss..
- MENGONI, L., *Programmazione e diritto*, in *Justitia*, 1966, p. 105 ss..
- MENGONI, L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 8 ss..

MENGONI, L., *Problemi di integrazione nella disciplina dei “contratti del consumatore” nel sistema del codice civile*, in AA.VV., *Studi in onore di Pietro Rescigno*, vol. III, *Diritto Privato, Obbligazioni e contratti*, Milano, 1998.

MENGONI, L., *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Eu. dir. priv.*, 2001, p. 73 ss..

MENICHINO, C., *Principio di conservazione e nullità del contratto*, in *Contr.*, 2005, 8-9, p. 751 ss..

MERUSI, F., *Il codice del giusto processo amministrativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 2011, 1, p. 1 ss..

MESSINA, G., *L'interpretazione dei contratti*, in G. Messina, *Scritti giuridici*, V, Milano, 1948.

MESSINEO, F., *Dottrine generali del contratto*, 3a ed., Milano, 1952.

MESSINEO, F., *Manuale di diritto civile e commerciale (Codici e norme complementari)*, vol. I, Milano, 1957.

MESSINEO, F., voce *Contratto (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, IX, Milano, 1961.

MESSINEO, F., *Il contratto in genere*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, Cicu e Messineo, XXI, tomo 2, Milano, 1972.

MICCOLI, A.M., *Nuovi limiti dell'autonomia contrattuale*, Napoli, 2005.

MINERVINI, E., *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli e E. Minervini, Torino, 2005.

MINERVINI, E., *La nullità per grave iniquità dell'accordo sulla data del pagamento e sulle conseguenze del ritardato pagamento*, in *Dir. banca merc. finanz.*, 2003, p. 189 ss..

MINERVINI, E., *I contratti dei consumatori*, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, V, Milano, 2006.

MINERVINI, E., *Il diritto del consumatore all'equità contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2017, 1, p. 22 ss..

MINERVINI, E., *Contratti per adesione e clausole abusive nel codice civile francese*

riformato, in *Contr. e impr.*, 2018, 2, p. 621 ss..

MIRABELLI, G., *Dei contratti in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1961.

MIRABELLI, G., *La locazione*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1972.

MIRONE, A., *Commento all'art. 117 bis*, in *Commento al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Costa, II, Torino, 2013.

MIRONE, A., *Le Sezioni Unite e il contratto c.d. mono-firma*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2018, 3, p. 275 ss..

MODICA, L., *Formalismo negoziale e nullità*, in *Le invalidità di diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011

MONATERI, P.G., *Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 4111 ss..

MONTICELLI, S., *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (Nota a margine dell'art. 1469 quinquies, commi 1 e 3, c.c.)*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 568 ss.

MONTICELLI, S., *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 4, p. 685 ss..

MONTICELLI, S., *Considerazioni sui poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 215 ss..

MONTICELLI, S., *La rilevabilità d'ufficio della nullità condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*, in *Contr.*, 2009, 12, p. 1115 ss..

MONTICELLI, S., *La nullità parziale del codice civile e la nullità parziale necessaria di protezione*, 25 novembre 2009, in www.associazionecivilisti.it.

MONTICELLI, S., *Il giudizio d'immeritevolezza della claims made agli albori della tipizzazione della clausola*, in *Danno e resp.*, 2017, 4, p. 441 ss..

MONTICELLI, S., *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2018, 3, p. 1029 ss..

MONTINARO, R., *La giustizia contrattuale nel sistema delle fonti*, Milano, 2017, p. 34 ss..

- MORELATO, E., *Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006.
- MORELLI, *La buona fede come limite all'autonomia negoziale e fonte di integrazione del contratto nel quadro dei congegni di conformazione delle situazioni soggettive alle esigenze di tutela degli interessi sottostanti*, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2159 ss..
- MORELLO, U., *Clausole vessatorie, clausole abusive: le linee di fondo di una nuova disciplina*, in *Not.*, 1996, p. 294 ss..
- MORI, M., *La recente giurisprudenza della Corte Costituzionale sui rapporti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. dir. internaz. priv. Proc.*, 1985, p. 773 ss..
- MOSCATI, E., *Pena privata e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 511 ss..
- MOSCHELLA, R., *Il negozio contrario a norme imperative*, in *Legislazione Economica 1978-79*, Milano, 1981, p. 279 ss..
- MOSSA, L., *Trattato del nuovo diritto commerciale*, I, Padova, 1942.
- MUCCIOLI, N., *La disciplina dell'assegno non trasferibile tra responsabilità e indebitto*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1, p. 161 ss..
- MUSIO, I., *Breve analisi comparata sulla clausola generale della buona fede*, in www.comparazionecivile.it.
- MUSSUTO, M., *Il giudizio di meritevolezza*, in *Giur. it.*, 2017, p. 54 ss..
- NANNA, C., *Eterointegrazione del contratto e poter correttivo del giudice*, Padova, 2010.
- NATOLI, U., *Su una "rimeditazione" relativa al II comma dell'art. 1419 cod. civ.*, in *Riv. giur. lav.*, 1958, II, p. 547 ss..
- NATOLI, U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974.
- NAVARETTA, E., *Complessità dell'argomentazione per principi nel sistema attuale delle fonti di diritto privato*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, I, p. 782 ss..
- NAVARETTA, E., *I contratti d'impresa e il principio di buona fede*, in *Il diritto europeo nei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di

P. Sirena, Milano, 2006

NAVARRETTA, E., *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eu. dir. priv.*, 2012, 4, p. 974 ss..

NAVARRETTA, *Il contratto “democratico” e la giustizia contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 5, p. 1266 ss..

NAVARRETTA, E., *La causa e la riforma du code civil francese*, in *Pers. e merc.*, 2018, 2, p. 31 ss..

NAZZARO, A.C., *Obblighi di informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000.

NICODEMO, S., *Gli atti normativi delle autorità indipendenti*, Padova, 2002.

NICOLUSSI, A., *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Eu. dir. priv.*, 2007, p. 442 ss..

NICOLUSSI, A., *I consumatori*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, a cura di L. Nivarra, Milano, 2008.

NUZZO, M., *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, in *Studio in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, III, Napoli, 1972.

NUZZO, M., *Negozi illeciti*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990.

NUZZO, M., *Utilità sociale e autonomia privata*, Napoli, 2011.

OERTMANN, P., *Rechtsordnung und Verkehrssitte*, Leipzig, 1914.

ONDEI, E., *La “conservazione” dei negozi giuridici mediante interpretazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, p. 37 ss..

OPPO, G., *Profili dell'interpretazione oggettiva del negozio giuridico*, Bologna, 1943, ora in *Scritti giuridici*, III, Padova, 1992.

OPPO, G., *Lo “squilibrio” contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 533 ss..

ORESTANO, A., *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, in S. Rodotà (a cura di), *Tendenze*

evolutive della tutela del consumatore, Napoli, 1998.

ORIANI, R., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008.

ORLANDI, M., *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, in G. Gitti (a cura di), Bologna, 2006

PADOVINI, F., *La nuova disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Studium iuris*, 1999, p. 5 ss..

PAGLIANTINI, S., *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007.

PAGLIANTINI, S., *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida*, in *Pers. e merc.*, 2009, I, p. 28 ss..

PAGLIANTINI, S., *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009.

PAGLIANTINI, S., *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contr.*, 2009, p. 1020 ss..

PAGLIANTINI, S., *La vaghezza del principio di “non vincolatività” delle clausole vessatorie secondo la Corte di Giustizia: ultimo atto?*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 525 ss..

PAGLIANTINI S., *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 2, 407.

PAGLIANTINI, S., *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, in *Pers. e merc.*, 2012, 2, p. 106 ss..

PAGLIANTINI, S., *La tutela del consumatore nell'interpretazione delle Corti*, Torino, 2012.

PAGLIANTINI, S., *I tratti diafani della nullità contrattuale in Cassazione: a proposito della rinuncia preventiva al gravame e di nullità parziale ope iudicis*, in *Contr.*, 2012, 10, 848 ss.

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

PAGLIANTINI, S., *L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi*, in *Pers. e merc.*, 2013, 1, p. 11 ss..

PAGLIANTINI, S., *Il “pasticcio” dell’art. 62, l. n. 221/2012: integrazione equitativa di un contratto parzialmente nullo o responsabilità precontrattuale da contratto sconveniente?*, in G. D’Amico e S. Pagliantini, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Torino, 2013.

PAGLIANTINI, *L’equilibrio soggettivo dello scambio (e l’integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale ed ABF: “il mondo di ieri” o un trompe l’oeil concettuale?*, in *Contr.*, 2014, 10, p. 853 ss..

PAGLIANTINI, S., *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime incomprensioni interpretative*, in *Pers. e merc.*, 2015, 2, 216 ss..

PAGLIANTINI, P., *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, in *Persona e mercato*, 2015, 4, p. 112 ss..

PAGLIANTINI, S., *Appunti a margine di Cass., n. 9735/2013: l’art. 1374 e la lacuna sopravvenuta*, in G. D’Amico, S. Pagliantini, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Torino, 2015.

PAGLIANTINI, S., *Vecchio e nuovo sull’integrazione del contratto abusivo nel prisma armonizzato delle fonti (partendo da un caso recente), con una postilla sulla sistematica attuale dell’integrazione*, in G. D’Amico e S. Pagliantini, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, in G. D’Amico, S. Pagliantini, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Torino, 2015.

PAGLIANTINI, S., *I l’“restatement” della Corte di Giustizia sull’integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 423 ss..

PAGLIANTINI, S., *Vecchio e nuovo sull’integrazione del contratto abusivo nel prisma armonizzato delle fonti (partendo da un caso recente), con una postilla sulla sistematica attuale dell’integrazione*, in AA.VV., *Correzione e integrazione del contratto*, opera diretta da F. Volpe, Bologna, 2016.

PAGLIANTINI, *L’interpretazione dei contratti asimmetrici nel canone di Gentili e della Corte di Giustizia (il dopo radlinger aspettando le clausole floor, sullo sfondo del nuovo art. 1190 code civil)*, in *Contr.*, 2016, 11, p. 1029 ss..

PAGLIANTINI, S., *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l’interpretazione autentica della Corte di Giustizia*, in *Contr.*, 2017, 1, p. 11 ss..

PAGLIANTINI, S., *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in

Contr., 2017, 6, p. 679 ss..

PAGNI, I., *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998.

PAGNI, I., *Nullità del contratto – Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le sentenze delle sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 2015, I, 70 ss..

PALMA, *Contratti del consumatore - “Autonomia processuale ed effettività della tutela del consumatore”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 9, p. 1143 ss..

PALMIERI, A., PARDOLESI, R., *Sulla capitalizzazione trimestrale degli interessi corrisposti alla banca*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1154.

PALMIERI, A., PARDOLESI, R., *Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: “chi è causa del suo mal ... si lagni e chieda i danni”*, in *Foro it.*, 2002, IV, col. 75.

PALMIERI, A., *Supervisione sistematica delle clausole penali: riequilibrio (coatto e unidirezionale) a scapito dell'efficienza?*, in *Foro it.*, 2005, 11, p. 2985 ss..

PALMIERI, A., *Azione risolutoria e rilevanza d'ufficio della nullità del contratto: il via libera delle Sezioni Unite (con alcuni corollari)*, in *Foro it.*, 2013, I, 1238 ss..

PALMIERI, A., *Polizze claims made: bandito il controllo di vessatorietà ex art. 1341 c.c.*, in *Foro it.*, 2016, p. 2013 ss..

PAPANICE, V.A., *Condizioni generali claims made ed estensione territoriale ... con delimitazione dell'oggetto*, in *Dir. e giust.*, 2018, 3, p. 11 ss..

PARDOLESI, R., PACCES, A., *Clausole vessatorie e analisi economica del diritto: note in margine alla ragioni (ed alle incongruenze) della nuova disciplina*, in AA.VV., *Diritto privato. Condizioni generali e clausole vessatorie*, Padova, 1997

PARDOLESI, R., *Diritto dei consumatori ed eliminazione degli squilibri: verso una riscrittura giudiziale del contenuto dei contratti?*, in *Disc. comm.*, 1999, p. 12 ss..

PARDOLESI, R., *Prefazione a G. COLANGELO, L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, XIII, Torino, 2004.

PARDOLESI, R., *Le Sezioni Unite sulla clausola claims made: a capofitto nella tempesta perfetta*, in *Foro it.*, 2016, p. 2013 ss..

PARISIO, V., *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, in *Nuove autonomie*, 2006, p. 717 ss..

PAROLI, A., *Nullità di clausola e nullità di contratto*, in *Dir. lav.*, 1961, II, p. 87 ss..

PASA, B., *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008

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

PASSAGNOLI, G., *Commento all'art. 1469-quinquies, comma 1, 3 e 5*, in G. Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999.

PASSAGNOLI, G., *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, Padova, 2005.

PASSAGNOLI, G., *Fonti europee, successione di leggi e rapporti contrattuali pendenti*, in *Riv dir priv.*, 2005, 1, p. 29 ss..

PASSAGNOLI, G., *Il contratto illecito*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, II, *Regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006.

PASSAGNOLI, G., *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Pers. e merc.*, 2012, 1, 24 ss..

PASSAGNOLI, G., *Note sull'ordre public dopo la riforma del Code civile*, in *Persona e mercato*, 2018, 2, p. 38 ss..

PATRONI GRIFFI, F., *Una giustizia amministrativa in perenne trasformazione: profili storico-evolutivi e prospettive*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 1, p. 115 ss. .

PATTI, S., *Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, p. 103 ss..

PATTI, S., in PATTI G. - PATTI S., *Responsabilità contrattuale e contratti standard*, Milano, 1993.

PATTI, S., *I contratti del consumatore e la ricodificazione tedesca*, in *Eu. dir. priv.*, 2003, p. 505 ss..

PATTI, S., *Oltre il caso "Pannon": poteri istruttori del giudice e tutela del consumatore*, in

Contr., 2011, 2, 113 ss.

PATTI, F.P., *Sul controllo di vessatorietà delle clausole nei contratti dei consumatori: ruolo del giudice e criteri di valutazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 13, 1159 ss..

PATTI, F.P., *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto*, in *Contr.*, 2014, p. 748.

PAVONE, A., LA ROSA, E., *Consuetudine (usi normativi e negoziali)*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1961.

PENNASILICO, M., *La regola ermeneutica di conservazione nei "principi dei contratti commerciali internazionali" - Appunti sull'influenza di common law e di civil law*, in *Vita not.*, 1998, p. 1847 ss..

PENNASILICO, M., *L'operatività del principio di conservazione in materia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 702 ss..

PENNASILICO, M., *La correzione giudiziale dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1, p. 179 ss..

PENNASILICO, M., "Ménage à trois: la correzione giudiziale dei contratti", in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1, p. 207 ss..

PERCHINUNNO, M.C., *Il controllo di meritevolezza nelle clausole claims made*, in *Contr. e impr.*, 2017, 3, 746 ss..

PERFETTI, U., *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005.

PERFETTI, U., *Riducibilità d'ufficio della clausola penale ed interesse soggettivo dell'ordinamento: un rapporto da chiarire*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, II, p. 196 ss..

PERLINGIERI, P., *Appunti sull'inquadramento della disciplina delle c.d. condizioni generali di contratti*, in *Dir. giur.*, 1969, p. 482 ss..

PERLINGIERI, P., *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 1980, 95 ss..

PERLINGIERI, P., FEMIA, P., *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2000.

PERLINGIERI, P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 2, p. 341 ss..

PERLINGIERI, P., *Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata. Sintesi di un convegno*, in P. Perlingieri, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003.

PERLINGIERI, P., *Riflessioni sul diritto contrattuale europeo tra fonti e tecniche legislative*, in Id., *Il diritto dei contratti tra persona e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003.

PERLINGIERI, P., *La contrattazione fra imprese*, in *Riv. dir. e impr.*, 2005, p. 326 ss..

PERLINGIERI, P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.

PERLINGIERI, P., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006.

PERLINGIERI, P., *Il “giusto rimedio” nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss..

PERLINGIERI, P., *“Controllo” e “conformazione degli atti di autonomia negoziale*, in *Rass. dir. civ.*, 2017, 1, p. 219 ss..

PERLINGIERI, G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010.

PILIA, C., *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002.

PINTORE, A., *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Milano, 1982.

PIOVANI, P., voce *“Effettività (principio di)”*, in *Enc. Dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 420 ss..

PIRAINO, F., *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015.

PIRAINO, F., *L'integrazione del contratto e il precetto di buona fede*, in AA.VV., *Correzione e integrazione del contratto*, a cura di F. Volpe, Bologna, 2016.

PLAIA, A., *Categorie civilistiche e diritti speciali: la nullità del contratto di lavoro a termine*, in *Studium iuris*, 2009, 11, p. 1189 ss..

PLAIA, A., *L'invalidità satisfattiva dell'atto di autonomia privata e dell'atto amministrativo*, in *Eu. dir. priv.*, 2013, 4, p. 1015 ss..

POLIDORI, S., *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001.

POLIDORI, S., *Nullità relative e poteri di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 931 ss..

POLIDORI, S., *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1022 ss..

POLIDORI, S., *Della nullità del contratto (artt. 1418-1424)*, in *Comm. Perlingieri*, IV, 1, 3^a ed., Napoli, 2010.

POLIDORI, S., *Nullità protettive, neoformalismo ed eccessi di protezione: applicazioni in tema di esercizio abusivo dell'azione di nullità per vizio di forma nel campo dell'intermediazione finanziaria*, Napoli, 2012.

POLITI, F., *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, a cura di Longobardi, Torino, 2009.

POLLAUD DULIAN, F., *Rèforme du droit des contrats par l'ordonnance n. 2016-131 du 10 février 2016*, in *Revue trimestrelle droit commercial*, 2016, p- 504 ss..

PONZANELLI, G., *Il danno per la corruzione del giudice*, in *Danno e resp.*, 2014, 2, p. 144 ss..

PRISCO, I., *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012.

PROSPERI, F., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, 3, p. 649 ss..

PROTO PISANI, A., *Appunti sulla tutela c.d. Costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 1, p. 50 ss..

PROTO PISANI, A., *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Napoli, 2002

PRUSSIANI, C., *Nullità ed eteroregolazione del contratto al tempo della autorità amministrative indipendenti. Parte prima*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 2, p. 94 ss..

- PUTTI, P.M., *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002.
- QUADRI, E., *La nuova legge sull'usura: profili civilistici*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1997, p. 1328 ss..
- RABITTI, M., *sub art. 1419 c.c.*, in *Commentario Del Codice Civile – Dei Contratti in Generale*, a cura di E. Navarretta e E. Orestano, vol. III, Torino, 2012.
- RAGANELLI, B., *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Torino, 2012.
- RAMAJOLI, M., *Attività amministrativa e poteri antitrust*, Milano, 1998.
- REDDENTI, E., *Dei contratti nella pratica commerciale, I, Dei contratti in generale*, Padova, 1931.
- REICH, N., *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014, p. 91 ss..
- RENDE, F., *Violazione di regole informative e rimedi a dieci anni dalle sentenze Rordorf*, in *Contr.*, 2017, II, 77 ss..
- RESCIGNO, P., *Per una rilettura del Codice civile*, in *Giur. it.*, 1968, IV, p. 205 ss..
- RICCI, F., *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VI, Torino, 1907.
- RICCIO, A., *E', dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 95 ss..
- RICCIO, A., *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 411 ss..
- RIZZO, V., *Condizioni generali di contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983.
- RIZZO, V., *Le “clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994.
- RIZZO, V., *Trasparenza e “contratti del consumatore”*: la novella al Codice Civile, Napoli, 1997.

RODOTÀ, S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

RODOTÀ, S., *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole* (Atti della Tavola Rotonda svoltasi a Catania il 17-18 maggio 1969), Milano, 1970.

RODOTÀ, S., *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile, Lezioni sul contratto*, a cura di A. Orestano, Torino, 2009.

ROLLI, R., *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008.

ROMANO, S., *Equità* (dir. priv.), in *Enc. del dir.*, XV, Milano, 1966.

ROMANO, R., *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, in *Foro it.*, 1982, V, p. 258 ss..

ROPPO, V., *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1971, p. 709 ss..

ROPPO, V., *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 485 ss..

ROPPO, V., voce *Clausole vessatorie (nuova normativa)*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1996.

ROPPO, V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 4, p. 786 ss..

ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Priv.*, a cura di P. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001.

ROPPO, V., *A partire dalla formazione: divagazioni non molto ortodosse in tema di contratto*, in *AA.VV.*, *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, Milano, 2004.

ROPPO, V., *La nuova disciplina della clausole abusive nei contratti fra imprese e consumatori*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, I, p. 277 ss..

ROPPO, V., AFFERNI, G., *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 25 ss..

ROPPO, V., BONACCORSI, F., *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Danno e resp.*, 2008, V, 525 ss..

ROPPO, V., *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 538 ss..

ROPPO, V., *Il contratto*, Milano, 2^a ed., 2011.

ROSSI, G., “*Take Courage!*” *La Corte di Giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust*, in *Foro it.*, 2002, IV, col. 75.

ROTH, W.H., *Europäischer Verbraucherschutz und BGB*, in *JZ*, 2001, p. 475 ss..

ROUHETTE, G., *La révision conventionnelle du contrat*, in *Rev. int. dr. comp.*, 1986, p. 369 ss..

RUBINO, D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.

RUBINO, D., *Libertà contrattuale e inserzione automatica di clausole*, in *Moneta e credito*, 1948, p. 530 ss..

RUSSO, E., *L'interpretazione delle leggi civili*, Torino, 2000.

RUSSO, E., *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 585 ss..

RUSSO, E., *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr. e impr.*, 2003, 3, p. 308 ss..

RUSSO, D., *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008.

RUSSO, D., *La correzione della caparra iniqua tra buona fede e proporzionalità*, in *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 958 ss..

RUSSO, F., *La rilevabilità d'ufficio della nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite (nota in margine a Cass., sez. un., 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014)*, in *Dir. civ. cont.*, 15 marzo 2015, p. 6 ss..

SACCO, R., *L'abuso della libertà contrattuale*, in AA.VV., *Diritto privato 1997*, III. *L'abuso del diritto*, Padova, 1998.

- SACCO, R., *Le invalidità*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, Torino, 2002.
- SACCO, R., DE NOVA, G., *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, vol. I, 3^a ed., Torino, 2004
- SANDULLI, A.M., *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940.
- SANDULLI, A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989.
- SANDULLI, A.M., *Eccesso di potere e controllo di proporzionalità – Profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1995, p. 329 ss..
- SANDULLI, A.M., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.
- SANGIOVANNI, V., *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*, in *Contr.*, 2008, 3, 221 ss..
- SANTORO- PASSARELLI, F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964.
- SANTORO-PASSARELLI, F., *Variazioni sul contratto*, in *Riv. trim.*, 1970, p. 8 ss..
- SARACINI, E., *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Milano, 1971.
- SCALISI, V., *Inefficacia (dir. priv.)*, voce, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971.
- SCALISI, V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 507 ss..
- SCALISI, V., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in V. Scalisi, *Categorie e istituti del diritto civile nella tradizione al postmoderno*, Milano, 2005.
- SCALISI, V., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale e regolazione del mercato*, Milano, 2006.
- SCALISI, V., *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 6, 735 ss..
- SCALISI, V., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al*

diritto europeo, Milano, 2011.

SCALISI, V., *Autonomia privata e regole di validità. Le nullità conformative*, in AA.VV., *Le tutela contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo Di Majo*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 2012.

SCHELSINGER, P., *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 231 ss..

SCHIAVELLO, A., *Riflessioni sulla distinzione rules/principles nell'opera di Ronald Dworking*, in *Riv. int. filos. dir.*, 1995, p. 159 ss..

SCHIAVONE, G., *Funzione della clausola penale e potere di riduzione da parte del giudice*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, p. 56 ss..

SCHMIDT, H., in ULMER-BRANDNER-HENSEN, *AGB-Gesetz*, 2001, par. 6 n. a margine 59.

SCHMIDT-SALZER, J., in *BB* 1995, 1493-1494.

SCOCA, G., *Annulamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *For. Amm.- TAR*, 2007, 5, 797 ss..

SCODITTI, E., *Spazio per parcheggio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Foro it.*, 1996, I, p. 2395 ss..

SCODITTI, E., *Gli interventi del giudice e della legge sul regolamento contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 3, p. 577 ss..

SCODITTI, E., *Danni da intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano*, in *Foro it.*, 2002, IV, col. 75.

SCODITTI, E., *Regole di validità e principio di correttezza nei contratti con il consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 1, p. 134 ss..

SCODITTI, E., *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I, col. 1106.

SCODITTI, E., *La responsabilità per i danni da clausola abusiva*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 2, p. 249 ss..

SCODITTI, E., *Il diritto dei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice*, in *Foro. it.*, 2013, I, p. 2036 ss..

SCODITTI, E., *L'interpretazione adeguatrice presa sul serio: due ordinanze della Corte Costituzionale sulla caparra confirmatoria*, in www.giustiziacivile.com.

SCOGNAMIGLIO, R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950.

SCOGNAMIGLIO, R., *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *Novissimo Dig.*, XV, Torino, 1968.

SCOGNAMIGLIO, R., *Negozio giuridico e autonomia privata*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Atti del congresso dei civilisti italiani tenuto a Venezia, 23-26 giugno 1989, Padova, 1991.

SCOGNAMIGLIO, C., *Contratti in generale*, in *Tratt. Grosso e Santoro Passarelli*, IV, II, Milano, 1980.

SCOGNAMIGLIO, C., *Condizioni generali di contratto nei rapporti tra imprenditori e la tutela del "contraente debole"*, in *Riv. dir. comm.*, 1987, II, p. 418 ss..

SCOGNAMIGLIO, C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992.

SCOGNAMIGLIO, C., *L'integrazione*, in E. Gabrielli, (a cura di), *Il contratto in generale*, in P. Rescigno (a cura di), *Trattato sul contratto*, tomo II, Torino, 2006, p. 1150 ss..

SCOGNAMIGLIO, C., *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 12 ss..

SCOGNAMIGLIO, C., *L'abuso del diritto*, in *Contr.*, 2012, p. 11 ss..

SECCHI TARUGI, L., *In tema di segreto bancario*, in *Foro it.*, 1975, I, p. 1451 ss..

SEMERARO, M., *Equilibrio del contratto e del rapporto nel c.d. anatocismo bancario*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, 3, p. 968 ss..

SERIO, M., *Profili comparatistici delle clausole vessatorie*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, I, p. 83 ss..

SICCHERO, G., *Studi preliminari sulla clausola del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p.

1196 ss..

SICCHIERO, G., *Rinegoziazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., agg. II, Torino, 2003.

SICCHIERO, G., *La distinzione tra meritevolezza e illiceità del contratto atipico*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 545 ss..

SIMITIS, K., *Gute Sitten und ordre public*, Marburg, 1960.

SIMONE, S.G., *Il pagamento tardivo*, Napoli, 2005.

SIRENA, P., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 1997, I, p. 379, nota 82.

SIRENA, P., *La disciplina delle clausole contrattuali abusive nell'interpretazione della giurisprudenza e dell'arbitro bancario finanziario (ABF)*, in *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, a cura di A. Bellelli, L. Mezzasoma, F. Rizzo, Napoli, 2014.

SOMMA, A., *Autonomia privata e struttura del consenso contrattuale. Aspetti storico comparativi di una vicenda concettuale*, Milano, 2000.

SPADAFORA, A., *La regola contrattuale tra autonomia privata e canone di buona fede. Prospettive di diritto europeo dei contratti e di diritto interno*, Torino, 2007.

SPOTO, G., *La clausola penale eccessiva tra riducibilità di ufficio ed eccezioni di usura*, in *Eu. dir. priv.*, 2006, p. 353 ss..

SPOTO, G., *Rilievo d'ufficio della nullità, clausole abusive ed eterointegrazione del contratto nella giurisprudenza nazionale e nella Corte di Giustizia*, in *Eur. e dir. priv.*, 2016, 1, 254 ss..

STAIN, U., *L'attuazione in Germania della direttiva sulle clausole abusive*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2004, p. 217 ss..

STEIN, E., *Staatrecht*, Tubinga, 1991.

STELLA RICHTER, G., *Il principio di conservazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1967, p. 411 ss..

STILFI, G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961.

STILO, A., *Sulle clausole che violano le regole di correttezza, trasparenza ed equità*, in *www.dirittobancario.it*, 2015, p. 9 ss..

STOLFI, G., *Teoria del negozio giuridico*, XXIII, Padova, 1947.

STOLFI, G., *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, in *Giur. it.*, 1948, IV, p. 41 ss..

STOLL, H., *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, in *136 AcP*, 1932, p. 257 ss..

STOLL, H., *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, Tübingen, 1936.

STORME, M.E., *Good Faith and the contentes of Contracts in European Private Law*, European Private Law, 2003.

SUMMA, M., *Le clausole "claims made" allo scrutinio delle Sezioni Unite*, in *Dir. e giust.*, 2018, 166, p. 14 ss.

TADDEI ELMI, *Contratto e norme imperative sopravvenute: nullità o inefficacia successiva e sostituzione di clausole*, in *Obbl. e contr.*, 2006, I, p. 36 ss..

TAMPONI, M., *Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c.*, Milano, 1978.

TAMPONI, M., *"Equo canone". Disciplina delle locazioni di immobili urbani. Commentario*, a cura di C.M. Bianca, N. Irti, N. Lipari, A. Proto Pisani, G. Tarzia, Padova, 1980.

TASSONE, B., *Le clausole claims made al vaglio delle Sezioni Unite: gran finale di stagione o prologo di una nuova serie?*, in *Foro it.*, 2016, p. 2013 ss..

TASSONE, B., *Il caso Cir-Fininvest e il nesso causale in Cassazione*, in *Danno e resp.*, 2014, 2, p. 144 ss..

TENREIRO, M., *The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems*, in *Eu. dir. priv.*, 1995, p. 273 ss..

TERRANOVA, C.G., *L'eccessiva onerosità nei contratti*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schelsinger, artt. 1467-1469, Milano, 1995.

TIMOTEO, M., *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi*

Unidroit, in *C.I. Eur.*, 1997, p. 167 ss..

TINTO, A., *Il potere del giudice di rilevazione della nullità di protezione*, in *Dir. del comm. internaz.*, 2011, 2, p. 583..

TITOMANLIO, R., *Autonomia e indipendenza delle authorities: profili organizzativi*, Milano, 2000.

TITOMANLIO, R., *Potestà normativa e funzione di regolazione: la potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012.

TOFFOLETTO, A., *Il risarcimento del danno nel sistema delle sanzioni per la violazione della normativa antitrust*, Milano, 1996.

TOMMASINI, R., *Revisione del rapporto (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989.

TOMMASINI, R., *La nuova disciplina dei contratti per i prodotti agricoli e alimentari*, in *Riv. dir. alim.*, 2012, 4, p. 1 ss..

TONDO, S., *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, 1962, p. 994 ss..

TRABUCCHI, A., *Istituzioni di diritto civile*, 15^a ed., 1966.

TRAVAGLINO, G., *La responsabilità contrattuale tra tradizione e innovazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 1, 75 ss..

TRIOLA, R., *Osservazioni in tema di spazi di parcheggio*, in *Vita not.*, 2005, I, p. 874 ss..

TRIMARCHI, V.M., *La clausola penale*, Milano, 1954.

TRIPODI, E.M., *Star del credere e contratto di agenzia*, in *Corr. giur.*, 2000, 435 ss..

TROCKER, N., *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l' "azione" nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo (Parte prima)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, n. 1, p. 35 ss..

TUCCARI, E., *Prime considerazioni sulla "révision pour imprévision"*, in *Persona e mercato*, 2018, 1, p. 130 ss..

- TUCCI, G., *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, in *Contr. e impr.*, 1998, p. 469 ss..
- TUCCI, A., *Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1110 ss..
- UDA, G.M., *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004.
- UDA, A.M.C., *La revisione del contratto in ambito europeo*, in *Riv. giur. sarda*, 2010, , p. 492-
- ULMER, P., in ULMER-BRANDNER-HENSEN, *AGB-Gesetz*, 2001, Introduzione n. a margine 75.
- VALLE, L., *La categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1998, I, 1206 ss..
- VALLE, L., *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004.
- VALLE, L., *La vessatorietà delle clausole, oltre la nullità parziale*, in *Contr. e impr., Europa*, 2014, 1, 100 ss..
- VARANO, V., *Equità I), Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989.
- VENOSTA, F., *Profili della disciplina dei doveri di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 841 ss..
- VENOSTA, F., *Contratti regolati e rimedi civilistici*, in *Oss. dir. civ. comp.*, 2016, p. 95 ss..
- VENTURINI, G., *Necessità e proporzionalità nell'uso della forza militare nel diritto internazionale*, Milano, 1989.
- VENUTI, C.M., *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004.
- VETTORI, G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000.
- VETTORI, G., *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eu. dir. priv.*, 2002, 4, p. 924 ss..
- VETTORI, G., *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002.

VETTORI, G., *Asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 249 ss..

VETTORI, G., *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 277 ss..

VETTORI, G., *Diritto dei contratti e "Costituzione" europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005.

VETTORI, G., *L'interpretazione di buona fede codice civile e nel Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 683 ss..

VETTORI, G., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 105 ss..

VETTORI, G., Art. 2, in E. Capobianco e G. Perlingieri (a cura di), *Codice del consumo*, Napoli, 2009

VETTORI, G., *Validità, responsabilità e cumulo di rimedi*, in *Pers. e merc.*, 2013, 4, p. 279 ss..

VETTORI, G., *Diritto europeo e tutele contrattuali*, in *Pers. e merc.*, 2014, 2, p. 89 ss..

VETTORI, G., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Pers. e merc.*, 2015, 1, p. 5 ss..

VETTORI, G., *Regole e principi. Un decalogo*, in *Pers. e merc.*, 2015, 2, p. 51 ss..

VETTORI, G., *Il contratto europeo tra regole e principi*, Torino, 2015.

VETTORI, G., *La giurisprudenza come fonte del diritto privato*, in *Pers. e merc.*, 2016, 4, p. 147 ss..

VETTORI, G., *Contratto e rimedi*, Padova-Milano, terza ed., 2017.

VETTORI, G., voce "*Effettività delle tutele (diritto civile)*", in *Enc. Dir.*, Ann. X, Milano, 2017, p. 381 ss..

VETTORI, G., *Il diritto a un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Persona e mercato*, 2017, 1, p. 15 ss..

VETTORI, G., *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Persona e mercato*, 2017, 4, p. 142 ss..

VETTORI, G., *L'ordonnance sulla riforma del contratto in Francia*, in *Persona e mercato*, 2018, 2, p. 3 ss..

VIGLIANISI FERRARO, A., *La sentenza Caja de Ahorros e l'armonizzazione tradita*, in *Contr.*, 2010, p. 880 ss..

VILLA, G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993.

VILLA, G., *Invalidità del contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti, G. Villa, Bologna, 2008.

VILLANACCI, G., *Autonomia privata e buona fede nella complessa relazione evolutiva con la normativa consumeristica*, in *Contr. e impr.*, 2013, 4-5, p. 917 ss..

VILLANACCI, G., *Interessi e sopravvenienze contrattuali*, in *Pers. e mer.*, 2015, 3, p. 59 ss..

VILLANACCI, G., *Ragionevolezza e proporzionalità nella rilevazione delle situazioni di riduzione ex officio della clausola penale*, in *Jus civile*, 2017, 6, p. 683 ss..

VITI, V., *Provvedimenti normativi dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas e integrazione contrattuale*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1597 ss..

VOLPE, F., *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 40 ss..

WHITTAKER, S., ZIMMERMAN, R., (a cura di), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000.

WILHELMSSON, T., *A Nordic perspective*, in *The integration of directive 93/13 into the National Legal Systems*, report della conferenza *The Directive on Unfair Terms five years later-evaluation and future perspectives*, organizzata dalla Commissione europea nel 1999, reperibile sul sito della Commissione europea, Justice, p. 14 ss..

WOLF, M., NEUNER, J., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 2012.

ZACCARIA, A., *La direttiva 2000/35/Ce relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento delle transazioni commerciali*, in *Sutdium iuris*, 2001, p. 259 ss..

ZAGREBELSKY, G., *Diritto per: valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworking)*, in *Quad. fior.*, 2002, p. 865 ss..

ZANOBINI, G., *Autonomia pubblica e privata*, in *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, vol. IV, Padova, 1950.

ZENO-ZENCOVICH, V., PAGLIETTI, M.C., *Il diritto processuale dei consumatori. L'influenza del diritto dei consumi sul diritto processuale (postilla a Calais-Auloy, 20 anni dopo)*, Milano, 2009, p. 22 ss..

ZERELLA, E., *La nullità parziale*, in *Giust. civ.*, 1985, II, 384 ss..

ZEUNER, A., *Die objektiven Grezen der Rechtskraft in Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhange*, Tubingen, 1952.

ZINGALES, I., *Disapplicazione da parte del giudice amministrativo di prescrizioni regolamentari dei bandi di gara contrastanti con normativa primaria e con il principio di proporzionalità*, in *Foro amm.*, 1998, p. 2457 ss..

ZITELMANN, I., *Internationales Privatrecht*, II, Duncker & Humbolt, Leipzig, 1912.

ZOPPINI, A., *La pena contrattuale*, Milano, 1991.

ZUCCHETTI, S., sub art. 7 (d.gs. n. 231/2002), in *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231)*, a cura di G. De Cristofaro, in *Leggi civ. comm.*, 2004, p. 573 ss..