

## CLAUSOLA (ABUSIVA) DI RISOLUZIONE ANTICIPATA E POTERI DEL GIUDICE NELLA SENTENZA *BANKIA S.A.* DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Di Chiara Sartoris

| 9

**SOMMARIO:** 1. *Clausole abusive e poteri del giudice: due questioni rilevanti all'esame della Corte di Giustizia.* 2. *La dichiarazione del carattere (parzialmente) abusivo della clausola.* 2.1. *Un approccio interpretativo restrittivo.* 3. *L'integrabilità del contratto mediante norme nazionali di diritto dispositivo.* 3.1. *Una soluzione a cavallo tra tradizione e innovazione.* 4. *Spunti di riflessione sull'evoluzione dei poteri del giudice alla luce del sistema eurounitario.* 4.1. *Bankia S.A. e uso selettivo del rimedio.* 4.2 *Integrazione del contratto ed effettività della tutela.*

**ABSTRACT.** *Il presente contributo analizza le conseguenze dell'accertamento dell'abusività di una clausola di risoluzione anticipata inserita in un contratto di mutuo concluso tra una banca e un consumatore, alla luce della soluzione elaborata da una recente sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia. La decisione offre, così, l'occasione per riflettere tanto sull'estensione dei poteri giudiziali sul contratto, quanto sui rapporti tra interpretazione dei giudici nazionali e interpretazioni dei giudici europei in materia consumeristica. L'obiettivo è tentare di comprendere quale ricaduta abbiano i principi ivi enunciati rispetto alla evoluzione della nullità di protezione.*

*The paper analyzes the consequences deriving from the assessment of an unfair term, regarding an early termination clause of a mortgage loan contract between a bank and a consumer, on the light of the recent Court of Justice (Grand Chamber) judgment. Thus, this decision allows to reflect upon both the extension of judicial power on contractual act and the relationship between national judges' interpretation and European judges' interpretation of Consumer Law. The aim of the paper is to understand the impact of Court of Justice's principles on the evolution of the protective nullity.*



## 1. Clausole abusive e poteri del giudice: due questioni rilevanti all'esame della Corte di Giustizia.

10

Clausola (abusiva) di risoluzione anticipata e poteri del giudice nella sentenza *Bankia S.A.* della Corte di Giustizia (Chiara Sartoris)

La sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia, pronunciata il 26 marzo 2019 (nel prosieguo *Bankia S.A.*), origina dal rinvio pregiudiziale del Tribunale Supremo spagnolo, diretto a chiarire le conseguenze dell'accertamento del carattere abusivo di una clausola di scadenza anticipata del contratto di mutuo<sup>1</sup>.

Anche l'ordinamento spagnolo, come quello italiano, configura il rimedio contro le clausole abusive come una forma di vera e propria nullità, prevedendo che: «*Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas. (...)*»<sup>2</sup>.

In particolare, in entrambe le cause riunite (cause C-70/17 e C-179/17), il rinvio pregiudiziale mira a definire quali sono gli effetti, tanto sul piano sostanziale, quanto sul piano processuale, derivanti dalla caducazione di una tipologia di clausola abusiva frequentemente inserita dalle banche spagnole nei contratti di mutuo, vale a dire, quella che prevede la facoltà di risoluzione anticipata a vantaggio dell'istituto di credito, in caso di mancato pagamen-

<sup>1</sup> Corte di Giustizia, Grande Sezione, 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria S.A./Bankia S.A.*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); e in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2019, 3, p. 424 ss., con nota di A. IULIANI, *L'abusività delle clausole di risoluzione anticipata nel quadro dell'armonizzazione giudiziale del diritto europeo*. Sull'argomento, si veda anche S. PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, *ivi*, p. 561 ss.. Il tema in esame, peraltro, non è del tutto nuovo. La Corte di Giustizia ha già affrontato il problema della abusività delle clausole di risoluzione anticipata in uso nella prassi contrattuale spagnola con la sentenza *Banco Primus* (Corte di Giustizia 26 gennaio 2017, causa C-421/14, *Banco Primus S.A.*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)). In quella occasione, i giudici europei hanno affermato che, al fine di garantire l'effetto dissuasivo sotteso alla Direttiva 93/13/CE, l'accertamento della abusività di una clausola non possa dipendere dalla sua applicazione in concreto, bensì, esclusivamente dalla sua formulazione. Non è, dunque, ritenuta conforme al diritto europeo una interpretazione giurisprudenziale di una norma nazionale che vieti al giudice di disapplicare una clausola di risoluzione anticipata quando, in concreto, il professionista non l'ha applicata, ma ha rispettato le condizioni previste da tale norma.

<sup>2</sup> Art. 83, paragrafo 1, del Real Decreto Legislativo del 16 novembre 2007, n. 1 (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*), rubricato «*Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato*».

to, da parte del mutuuario, anche di una sola rata ovvero di numerose rate.

La sentenza in esame si inserisce in una giurisprudenza europea ormai consolidata nel tempo nel senso di limitare il più possibile gli interventi correttivi del giudice sul regolamento contrattuale dopo l'accertamento della abusività di una clausola<sup>3</sup>. La mera eliminazione della singola pattuizione abusiva è, infatti, ritenuta rimedio sufficiente ad assicurare l'obiettivo di lungo periodo della Direttiva 93/13/CE<sup>4</sup>, sancito dall'art. 7: dissuadere il professionista dall'abusare della propria forza contrattuale, come nei casi in cui inserisca clausole in grado di creare un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi tra le parti.

Tuttavia, in questa occasione, la Corte di Giustizia non si limita a ribadire questa impostazione tradizionale, ma compie anche un evidente passo avanti, nell'ottica di contemperare quell'obiettivo di lungo periodo con l'esigenza più immediata di garantire una tutela effettiva per i consumatori nel mercato europeo.

A tal fine, i giudici sembrano aprire le porte a un possibile meccanismo di integrazione del contratto,

<sup>3</sup> Per una riflessione generale sul tema dei poteri correttivi del giudice nel nostro ordinamento, si vedano: G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 1, p. 17 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 1, p. 20 ss.; C.M. BIANCA, *Il contratto, Diritto civile*, III, 2000, p. 33 ss.; A. RICCIO, *Il generale intervento correttivo del giudice sugli atti di autonomia privata*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 411 ss.; 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.; A. D'ADDA, *La correzione del "contratto abusivo"*, in *Le invalidità di diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011; 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, 10, p. 848 ss.; S. GUADAGNO, *Squilibrio contrattuale: profili remediali e intervento correttivo del giudice*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 12, p. 744 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il contratto: verso una nuova sistematica?*, in *Jus civile*, 2016, 5, p. 347 ss.; M. PENNASILICO, *La correzione giudiziale dei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1, p. 179 ss..

<sup>4</sup> Tra i primi contributi della dottrina italiana che analizzano le novità introdotte dalla Direttiva 93/13/CE, si ricordano: G. DE NOVA, *La tutela dei consumatori nei confronti delle clausole abusive. Il commento*, in *Contr.*, 1993, p. 356 ss.; V. RIZZO, *Le clausole abusive nell'esperienza tedesca, francese e italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 2004; G. ALPA, *Per il recepimento della direttiva comunitaria sui contratti dei consumatori*, in *Contr.*, 1994, p. 115 ss.; M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. e impr./Eu.*, 1996, p. 438 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, 1997; A. ABANESE, *Le clausole vessatorie nel diritto europeo dei contratti*, in *Eu. dir. priv.*, 2013, p. 669 ss.; L. GRATTON, *Les clauses abusives en droit commun des contrats*, in *Recueil Dalloz*, 2016, p. 22 ss..

quanto meno nel particolare caso in cui la clausola abusiva abbia carattere essenziale per il corretto funzionamento dell'operazione negoziale. In questa prospettiva, la Corte riprende il filo del ragionamento espresso dall'orientamento, fino ad ora rimasto isolato, nel noto caso *Kásler*<sup>5</sup> del 2015.

La sentenza in esame, dunque, appare particolarmente significativa e densa di implicazioni, sotto almeno due punti di vista.

Da un lato, essa induce a indagare l'estensione del potere del giudice di rilevare d'ufficio l'abusività della clausola in una duplice direzione: se sia possibile limitare gli effetti della dichiarazione di abusività a una sola delle ipotesi contemplate nel contenuto della clausola; e, ulteriormente, se sia possibile gestire le conseguenze della caducazione della medesima attraverso una modifica del regolamento, laddove questo non sia, altrimenti, in grado di sopravvivere.

Dall'altro lato, la sentenza impone di riflettere sulla evoluzione del c.d. diritto derivato nazionale: si tratta di comprendere le necessarie interferenze tra gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento eurounitario, con particolare riferimento al problema della ammissibilità di una interpretazione della giurisprudenza nazionale che realizzi una deroga *in melius* rispetto alla interpretazione della Corte di Giustizia<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Corte di Giustizia, 30 aprile 2014, causa C-26/13, *Kásler*, in [www.curia.eu](http://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.

<sup>6</sup> Per una riflessione sul tema, si veda S. PAGLIANTINI, *Il diritto derivato nazionale e la finzione di un dialogo tra le Corti*, in *Oss. dir. civ. e comm.*, 2018, 2, p. 337-338, il quale rileva che l'espressione "diritto derivato nazionale" pone la questione se, nell'attuale sistema eurounitario, «la conformità al diritto europeo sia un attributo della legislazione vigente o non piuttosto delle molteplici interpretazioni possibili che una disciplina nazionale venga a ricevere presso una Corte superiore». Il tema si pone in quanto, nel caso in esame, si tratta di stabilire se sia possibile, per il Tribunale Supremo spagnolo, discostarsi dai principi interpretativi enunciati dalla Corte di Giustizia ogniqualvolta l'interpretazione nazionale risulti più favorevole per il consumatore. A riguardo, l'A. citato ritiene che una buona soluzione di compromesso – peraltro, suffragata dalla normativa spagnola – sarebbe quella di valorizzare il diritto di interpello

Al fine di sviluppare una riflessione sui principi enunciati dalla Corte di Giustizia, giova ripercorrere, brevemente, il contenuto delle due questioni di rinvio pregiudiziale e le relative soluzioni.

## 2. La dichiarazione del carattere (parzialmente) abusivo della clausola.

La prima delle due questioni analizzate da *Bankia S.A.* concerne l'estensione della dichiarazione di abusività di una clausola di scadenza anticipata inserita nel contratto di mutuo.

Tale problema costituisce l'oggetto del rinvio pregiudiziale della causa C-70/17, sollevato dal Tribunale Supremo spagnolo su ricorso proposto da un istituto di credito: questo contestava le sentenze di merito nella parte in cui annullavano la clausola di scadenza anticipata, in forza della quale esso aveva risolto il contratto a verificarsi del mancato pagamento di una rata da parte del mutuatario-consumatore<sup>7</sup>. Il ricorrente chiede, dunque, che tale clausola non venga caducata *in toto*, ma, al più, nella parte in cui subordina tale facoltà di risoluzione anticipata al mancato pagamento di una sola rata<sup>8</sup>.

del consumatore, affinché questi valuti la convenienza o la praticabilità di un adempimento tardivo, che solo il procedimento esecutivo speciale sembra ammettere in suo favore. Nello stesso ordine di idee si veda A. IULIANI, *L'abusività delle clausole di risoluzione anticipata nel quadro dell'armonizzazione giudiziale del diritto europeo*, cit., p. 434, il quale sottolinea come la risposta al quesito prospettato dipenda «dal valore che l'interprete intende perseguire, se quello della giustizia del contratto, ovvero, quello della calcolabilità giuridica».

<sup>7</sup> La clausola 6 bis ("Risoluzione anticipata da parte dell'istituto di credito") del contratto in esame prevedeva: «[La banca] senza dover ricorrere alla messa in mora, può dichiarare esigibile il mutuo e chiedere giudizialmente il rimborso dell'intero debito, comprensivo sia degli importi scaduti sia di quelli non ancora scaduti, oltre interessi legali e moratori, spese e altri oneri, nei seguenti casi: a) mancato pagamento di una qualsiasi rata di interessi o di capitale, con tutti gli elementi che la compongono, clausola di cui le parti chiedono espressamente l'iscrizione nel pubblico registro immobiliare, conformemente all'art. 693 della legge n. 1/2000. (...)».

<sup>8</sup> Nell'ordinamento spagnolo, l'art. 693, par. 2, LEC, consente la scadenza anticipata del mutuo in caso di mancato pagamento di almeno tre rate mensili. Mentre, nell'ordinamento italiano, l'art. 40 del T.U.B. consente alla banca di invocare come causa di risoluzione del contratto il ritardato pagamento nelle ipotesi in cui lo stesso si sia verificato almeno sette volte, anche non consecutive; a tal fine, il legislatore precisa che va considerato "ritardato pagamento" soltanto quello effettuato tra il 30° e il 180° giorno dalla scadenza della rata. Conseguentemente, vanno dichiarate nulle e sostituite di diritto da tale norma tutte le clausole contrattuali che attribuiscono alla banca la facoltà di risolvere il contratto di mutuo in caso di un ritardo privo delle caratteristiche indicate nell'art. 40 T.U.B.. In tema si vedano: F.R. SIRECI, *La risoluzione del mutuo fondiario e i suoi effetti restitutori*, in *Obb. e contr.*, 2008, 12, p. 989 ss.; E. BASSOLI, *La risoluzione per inadempimento nel contratto di mutuo*, in *Foro pad.*, 2010, 3, p. 584 ss.; M. FRIGENI, *Mancato pagamento*



Sicché, al giudice *a quo* viene chiesto di dichiarare parzialmente abusiva la clausola in esame, in modo da garantire il suo mantenimento nella porzione non considerata abusiva, corrispondente alla previsione degli altri casi in cui la banca è legittimata a risolvere anticipatamente il contratto.

Il Tribunale Supremo spagnolo manifesta, tuttavia, alcuni dubbi sulla possibilità di conservare la restante parte (non abusiva) del contenuto della clausola, temendo che, per tale via, si realizzi una sostanziale revisione o sostituzione del regolamento contrattuale, in contrasto con il consolidato orientamento europeo, che limita lo spazio per modifiche giudiziali sul regolamento contrattuale<sup>9</sup>. Di solito, l'eliminazione *in toto* della clausola abusiva è ritenuta un rimedio sufficiente e adeguato ad assicurare tanto la tutela del consumatore, quanto la dissuasione verso le condotte abusive dei professionisti<sup>10</sup>.

Questa impostazione della giurisprudenza europea è ben presente nel rinvio pregiudiziale del Tribunale Supremo ed è proprio in relazione a essa che vengono sollevati dubbi sulla compatibilità dell'orientamento giurisprudenziale spagnolo, secondo cui è, invece, ammissibile una parziale caducazione della clausola abusiva.

*delle rate nel mutuo fondiario e rimedi a disposizione della banca: tra risoluzione del contratto e decadenza dal beneficio del termine*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2013, 5, p. 578 ss.; S. PAGLIANTINI, *Il mutuo fondiario solutorio e l' "ambaradan" delle categorie civilistiche*, in *Corr. giur.*, 2016, 7, p. 952 ss..

<sup>9</sup> Cfr. Corte di Giustizia, 23 settembre 2011, causa C-488/2011, D.F. Asbeek Brusse, in *www.curia.eu*; Corte di Giustizia, 14 giugno 2012, causa C-618/2010, *Banco Español de Crédito*, in *www.curia.europa.eu*; 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*; Corte di Giustizia, 30 maggio 2013, causa C-397/2011, E. Jörös, in *www.curia.europa.eu*.

<sup>10</sup> Alla base di questa impostazione, vi è l'idea che solo il meccanismo della caducazione della clausola abusiva possa effettivamente privarla di "forza vincolante" per il consumatore. Il contratto, in tal modo, può sopravvivere «senza altra modifica che non sia quella risultante dalla soppressione delle clausole abusive». Tale impostazione muove da una interpretazione letterale dell'art. 6 della Direttiva 93/13/CE, secondo la quale i giudici nazionali avrebbero, unicamente, il potere di accertare l'abusività di una clausola e disapplicarla, affinché non produca effetti vincolanti per il consumatore, ma non attribuisce loro anche un potere di revisione del suo contenuto. Per tale via, la Corte di Giustizia mira a realizzare due esigenze opposte, ma ritenute di eguale importanza: negare un recupero del contratto in sede giudiziaria assicurerebbe, da un lato, la garanzia di una tutela effettiva per il consumatore, dall'altro, il risultato di sanzionare la condotta abusiva del professionista, in funzione dissuasiva. Per una prima analisi di tale orientamento, si rinvia a: 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, p. 967 ss.; R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brusse*, in *Jus civile*, 2013, 7, p. 388 ss..

Oltretutto, la soluzione di tale interrogativo è tanto più importante, nel caso di specie, in quanto presenta una rilevante ricaduta, non solo sul piano sostanziale, ma anche sul piano processuale. Come si vedrà nel prosieguo, infatti, a seconda che sia ammessa o meno la parziale abusività della clausola, si risolverà diversamente anche la connessa questione dell'ammissibilità della instaurazione o prosecuzione del procedimento esecutivo speciale da parte della banca.

## 2.1. Un approccio interpretativo restrittivo.

La prima questione sottoposta alla Corte di Giustizia, originata dalla causa C-70/17, mostra indubbi elementi di originalità. Si tratta, infatti, di un tema finora mai analizzato *funditus* dalla giurisprudenza europea, ma che presenta notevole interesse e rilevanza, perché consente di svolgere una riflessione sullo stato di evoluzione del rimedio contro le clausole vessatorie.

Orbene, la sentenza in esame è chiara nell'escludere, radicalmente, la possibilità di una dichiarazione parziale di abusività. Secondo la Corte di Giustizia, l'espunzione della singola proposizione sulla scadenza anticipata del contratto per mancato pagamento di una sola rata equivarrebbe a una non consentita correzione giudiziale del contenuto della clausola e riconoscerebbe al giudice una discutibile possibilità di disarticolare una singola pattuizione dal più ampio e complessivo contenuto unitario di quella clausola<sup>11</sup>.

Alla base di questa decisione, vengono richiamati i principi tradizionali elaborati, negli anni, dalla giurisprudenza europea, favorevoli a circoscrivere, il più possibile, le forme di manipolazione del regolamento contrattuale per mano del giudice. In particolare, la Corte ricorda i casi *Banco Español*<sup>12</sup> e

<sup>11</sup> Come si legge nella sentenza (al parag. n. 55): «Nel caso di specie, la mera eliminazione del motivo di risoluzione che rende le clausole oggetto del procedimento principale equivarrebbe, in definitiva, a rivedere i contenuti di tali clausole incidendo sulla loro sostanza. Pertanto, il mantenimento parziale di dette clausole non può essere consentito, salvo pregiudicare direttamente l'effetto dissuasivo (...)».

<sup>12</sup> Corte di Giustizia, 14 giugno 2012, causa C-618/2010, *Banco Español de Crédito*, cit. (cfr. para. 58-73). Per un puntuale commento alla sentenza, si veda 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., il quale osserva che, con tale sentenza, la Corte di Giustizia ha chiaramente stigmatizzato, per contrasto con l'art. 6 della Direttiva, la disciplina spagnola sulla nullità di clausole vessatorie concernenti l'entità degli interessi moratori nei rapporti bancari. Il divieto imposto al giudice di rivedere il contenuto della clausola

*Asbeek Brusse*<sup>13</sup>, nella parte in cui escludono qualsivoglia forma di intervento giudiziale sul contratto diverso dalla pura e semplice caducazione della clausola abusiva *in toto*.

Il riconoscimento del potere di “selezionare” le statuizioni anche all'interno di una clausola unitaria appare esorbitare le finalità della Direttiva 93/13/CE, come interpretata dalla Corte. Nell'ottica di contemperare tanto l'obiettivo dissuasivo, quanto l'obiettivo protettivo, è ritenuto preferibile caducare *in toto* l'intera clausola, senza effettuare distinzioni di sorta tra le proposizioni che la compongono; ciò anche in considerazione della difficoltà di scindere con certezza i suoi molteplici contenuti.

Nell'interpretazione della Corte, pertanto, il carattere parziale del rimedio demolitorio va inteso con riferimento al rapporto tra singola clausola e regolamento contrattuale nel suo complesso, non tra le singole proposizioni che compongono la prima. Di conseguenza, la parzialità non può essere declinata anche con riferimento ai contenuti molteplici di una singola clausola.

Da tale interpretazione restrittiva trapela, dunque, il timore di una discrezionalità giudiziaria troppo estesa, in contrasto, in definitiva, con il principio dell'autonomia negoziale dei privati.

### 3. L'integrabilità del contratto mediante norme nazionali di diritto dispositivo.

**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». Questa soluzione, oltre che aderente al dato letterale della Direttiva, è ritenuta dalla Corte anche conforme al principio di effettività della tutela del consumatore, poiché la sopravvivenza del contratto semplicemente privato della clausola abusiva si traduce in una sostanziale sanzione per il professionista, con effetti preventivi/dissuasivi, al fine di inibire, *erga omnes*, futuri contegni abusivi.**

<sup>13</sup> Corte di Giustizia, 30 maggio 2013, causa C-488/11, *Asbeek Brusse*, cit. (para. 54-60). Per un attento commento alla sentenza, si rinvia anche a R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Abeek Brusse*, cit., p. 388 ss.. Anche in questo caso, la Corte, richiamando l'interpretazione letterale dell'art. 6 della Direttiva 93/13/CE prospettata nel precedente del 2012, esclude esplicitamente la possibilità, per i giudici, di procedere alla riduzione dell'importo previsto dalla clausola penale abusiva, in luogo della mera disapplicazione della stessa. Secondo questa impostazione, 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».

La seconda questione sottoposta all'attenzione della Corte di Giustizia è quella comune ad entrambe le cause riunite.

Una volta accertata l'abusività della pattuizione del diritto di risoluzione anticipata, l'indagine si sposta più a valle, sul piano delle conseguenze per la restante parte del contratto.

Come anticipato, nella causa C-70/17, la questione della estensione della declaratoria di abusività si lega strettamente a un'ulteriore problema, di ordine solo apparentemente processuale. Una volta dichiarata l'abusività dell'intera clausola di risoluzione anticipata, si pone, infatti, il conseguente problema della sorte del procedimento speciale di esecuzione ipotecaria, nel frattempo avviato dalla banca, in applicazione di quella pattuizione.

La Corte di Giustizia è, dunque, chiamata a stabilire se il potere del giudice possa spingersi fino ad applicare, in via suppletiva, la norma nazionale che consente l'inizio o la prosecuzione del procedimento speciale di esecuzione ipotecaria nei confronti del consumatore.

La rilevanza di tale questione si coglie, in modo evidente, se si considera che quest'ultimo procedimento, nell'ordinamento spagnolo, è disciplinato da regole ritenute sostanzialmente più vantaggiose per il contraente debole, rispetto alle regole sul procedimento ordinario di esecuzione<sup>14</sup>.

Questo aspetto viene affrontato anche nella causa C-179/17, che pone un analogo problema di modificabilità del contratto di mutuo, una volta privato di una clausola di risoluzione anticipata abusiva<sup>15</sup>. Per questa ragione, la Corte di Giustizia riunisce la

<sup>14</sup> Questo aspetto è chiaramente esplicitato nel rinvio pregiudiziale relativo alla causa C-179/17 (cfr. para. 32-33). Secondo il Tribunale Supremo spagnolo, «quando il bene ipotecato è la casa di abitazione del debitore, il procedimento speciale di esecuzione ipotecaria, contrariamente al procedimento di esecuzione ordinaria, presenta varie peculiarità intese a tutelare tale debitore». A riguardo, particolarmente rilevante risulta «la possibilità, per il debitore, di ottenere la revoca del pignoramento del bene, l'applicazione di un prezzo minimo al di sotto del quale la sua casa di abitazione non può essere venduta all'asta e la facoltà, per il debitore, di liberarsi dal proprio debito qualora l'importo risultante dalla vendita all'asta sia sufficiente a coprire integralmente il credito».

<sup>15</sup> Nella causa C-179/17 La clausola 6 bis (“Risoluzione anticipata dal parte dell'ente creditizio”) del contratto di mutuo in esame prevedeva: «In deroga alla durata stipulata del presente contratto, l'ente creditizio può dichiarare scaduto il mutuo, considerandolo risolto e considerando il debito scaduto anticipatamente nella sua totalità, segnatamente in caso di mancato pagamento di una, [di] alcune o [di] tutte le rate stabilite nella seconda clausola [relativa all'ammortamento]». La banca fa valere tale clausola non già a seguito del mancato pagamento di una sola rata del mutuo da parte del mutuatario-consumatore, bensì a seguito del mancato pagamento di trentasei rate mensili. In forza di tale previsione pattizia, pertanto, la banca propone domanda di esecuzione ipotecaria relativa al bene ipotecato a garanzia del pagamento del mutuo concesso.



decisione dei due rinvii pregiudiziali in un unico giudizio, così da affrontare in modo congiunto la questione dell'integrabilità del contratto.

Si tratta di stabilire se, una volta accertato il carattere abusivo di tale clausola di risoluzione anticipata, il giudice dell'esecuzione possa consentire la procedibilità del giudizio speciale di esecuzione ipotecaria, nonostante sia fondato su una pattuizione squilibrata. La procedibilità potrebbe essere, infatti, garantita dalla integrazione della lacuna contrattuale intervenuta con la norma suppletiva nazionale che consente la scadenza anticipata del mutuo in caso di mancato pagamento di almeno tre rate mensili (art. 693, para. 2, della LEC)<sup>16</sup>.

In entrambi i rinvii pregiudiziali, il Tribunale Supremo spagnolo esprime perplessità in ordine al consolidato orientamento della giurisprudenza nazionale in tema di integrazione del contratto. La giurisprudenza spagnola appare, infatti, piuttosto uniforme nel riconoscere al giudice dell'esecuzione la possibilità di non dichiarare l'improcedibilità del giudizio e di mantenere il procedimento attraverso la sostituzione della clausola abusiva con la norma suppletiva che consente la scadenza anticipata del mutuo solo in caso di mancato pagamento di almeno tre rate (art. 693, paragrafo 2, LEC).

L'inserimento della previsione legale di scadenza anticipata consentirebbe di modificare il contratto nei termini di legge, in modo da assicurarne la sopravvivenza e la concreta eseguibilità. In effetti, per tale via, sarebbe possibile, per la banca, ottenere l'instaurazione o la prosecuzione del giudizio esecutivo nei confronti del consumatore-mutuuario inadempiente.

Non solo. La modificazione del contratto secondo le regole legali consentirebbe di realizzare un ulteriore scopo, ben evidenziato dalla giurisprudenza spagnola: la tutela processuale del consumatore. L'orientamento in esame, infatti, si fonda sulla considerazione che, se venisse dichiarata l'improcedibi-

lità dell'esecuzione, la banca potrebbe, comunque, invocare, a sua tutela, l'art. 1124 del *Código Civil*, ove è contemplata l'azione di risoluzione del contratto<sup>17</sup>, strumentale a ottenere una sentenza in forza della quale avviare un procedimento di esecuzione ordinaria. Sicché, l'istituto di credito, anche in caso di improcedibilità del procedimento speciale, potrebbe azionare un procedimento esecutivo (ordinario) e ottenere la soddisfazione delle proprie ragioni. Solo che, in questa evenienza, il consumatore si troverebbe a essere parte di un giudizio retto da regole per lui più svantaggiose. In particolare, dietro l'applicazione delle regole processuali ordinarie si nasconderebbe il rischio, di subire il pignoramento di tutti i beni. Al contrario, le regole sul procedimento ipotecario speciale, quando relativo alla casa del consumatore-mutuuario, consentono di attivare tutta una serie di strumenti funzionali alla tutela dei suoi interessi.

Per questi motivi, la giurisprudenza spagnola maggioritaria, in tali casi, ritiene preferibile consentire un intervento di sostituzione giudiziale sul contratto. Attraverso l'applicazione dell'art. 693, para. 2, LEC, che ammette la risoluzione anticipata del mutuo a favore della banca solo in caso di mancato pagamento di almeno tre rate, verrebbe garantita quella modificazione del contratto necessaria a garantire l'attivazione di una procedura esecutiva meno svantaggiosa per il consumatore. Il "male minore", in questi, casi, sembra essere rappresentato proprio dalla integrazione legale del contratto per mano del giudice.

In entrambe le cause, tuttavia, il giudice *a quo* mostra molte perplessità in ordine alla compatibilità dell'illustrato orientamento rispetto alla Direttiva 93/13/CE. In particolare, ai fini che qui più interessano, i motivi per i quali dubita della ammissibilità della sostituzione della clausola abusiva con la norma suppletiva sono essenzialmente due. Da un lato, la giurisprudenza europea – come dimostrato nel caso *Kàsler* – contempla questa possibilità solo nell'eccezionale e limitata ipotesi in cui l'integrazione sia necessaria a evitare il rischio di un annulla-

<sup>16</sup> Alla data di sottoscrizione del contratto di mutuo ipotecario in esame, il testo dell'art. 693, para. 2, LEC (legge del 7 gennaio 2000, n. 1, relativa al codice di procedura civile spagnolo) - come riportato nella traduzione della sentenza in esame - stabiliva quanto segue: «Può essere reclamato il pagamento di tutto quanto dovuto a titolo di capitale e interessi, qualora si sia convenuta la scadenza della titolarità del debito in caso di mancato pagamento di una delle rate pattuite e tale accordo figuri nel registro». Il testo oggi vigente, all'esito di una serie di modifiche intervenute tra il 2013 e il 2014, prevede: «Può essere reclamato il pagamento complessivo di quanto dovuto a titolo di capitale e interessi, qualora si sia convenuta l'esigibilità totale de mutuo per il caso di mancato pagamento di almeno tre rate mensili senza che il debitore abbia adempiuto al proprio obbligo di pagamento, o di un numero di rate corrispondenti ad un inadempimento da parte del debitore del proprio obbligo per un periodo pari ad almeno tre mesi, e tale accordo figuri nell'atto costitutivo del mutuo e nel corrispondente registro».

<sup>17</sup> Ai sensi dell'art. 1124 del *Código Civil*, come riportato nella traduzione della sentenza in esame:

«Si considera implicita nelle obbligazioni sinallagmatiche la facoltà di chiedere la risoluzione del rapporto obbligatorio qualora una delle parti non adempia ad un obbligo ad essa incombente.

La parte lesa ha la possibilità di chiedere o l'esecuzione dell'obbligazione o la risoluzione del rapporto obbligatorio, fatto salvo, in entrambi i casi, il diritto al risarcimento del danno. La parte lesa può inoltre chiedere la risoluzione, anche dopo aver optato per l'esecuzione, qualora questa risulti impossibile.

Il giudice dichiara la risoluzione richiesta, salvo motivi che giustificano la concessione di un termine per l'esecuzione dell'obbligazione».

mento totale del contratto. Dall'altro lato, l'applicazione della norma suppletiva presuppone l'esistenza di un accordo tra le parti che, nella specie, è carente, in quanto la relativa pattuizione è stata caducata proprio perché abusiva.

### 3.1. Una soluzione a cavallo tra tradizione e innovazione.

La questione appena illustrata rappresenta, senz'altro, il cuore della pronuncia in esame, in quanto si tratta di un profilo centrale per comprendere lo stato di evoluzione dei rimedi a protezione del consumatore.

Nell'analizzarla, una premessa è doverosa.

Giova ricordare che la giurisprudenza europea, tradizionalmente, se, da una parte, non consente modifiche giudiziali del regolamento diverse dalla pura e semplice caducazione della clausola abusiva, dall'altra parte, accorda, da sempre, al giudice, un potere piuttosto incisivo in sede di accertamento dell'abusività. È ormai consolidato l'orientamento secondo il quale, in nome dell'esigenza di garantire tanto l'effettività della tutela giurisdizionale del consumatore, quanto livelli ottimali di concorrenzialità nel mercato comune, è necessario riconoscere al giudice un ampio potere di intervento (riequilibratore) sul contratto, configurato come un vero e proprio potere-dovere di rilevare d'ufficio l'abusività di una clausola, anche nei casi in cui il consumatore non abbia espressamente sollevato la relativa eccezione<sup>18</sup>. Come affermato nel caso *Pannon*, l'unico limite a siffatto potere-dovere giudiziale è rappresentato dalla volontà del consumatore, il quale ben può opporsi alla caducazione della clausola abusiva, ove la ritenga concretamente conveniente per i suoi interessi<sup>19</sup>.

Nella sentenza *Bankia S.A.*, la Corte sembra riprendere questa riflessione nella parte in cui – ed è la più significativa – risolve la questione interpretativa richiamando i principi enunciati nel caso

*Käsler*. Al potere-dovere del giudice di accertare l'abusività della clausola viene ricollegata anche l'ulteriore facoltà di modificare il contratto attraverso un meccanismo di integrazione legale, che sembra completare l'effettività della tecnica di rilevazione officiosa.

A tal fine, i giudici nazionali vengono invitati a valutare il tipo di pattuizione della cui abusività si discute, per verificare se trattasi di pattuizione essenziale o meno per il funzionamento del contratto. Solo nei casi in cui quest'ultimo non sia in grado di sopravvivere dopo la soppressione della clausola abusiva (essenziale), al giudice sarebbe consentito sostituirla con una disposizione nazionale di diritto suppletivo. Tale meccanismo integrativo consentirebbe, così, di evitare che l'invalidazione della clausola abusiva conduca al risultato (non sempre conveniente per la parte protetta) della caducazione totale del contratto; la quale, verosimilmente, esporrebbe il consumatore a conseguenze ancora più pregiudizievoli rispetto a quelle che gli deriverebbero dal rimanere vincolato a quel rapporto squilibrato<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> In questi casi, appare evidente che le soluzioni astrattamente prospettabili possano essere solo due: o si accede alla tesi del travolgimento dell'intero contratto, coerentemente con una interpretazione rigorosa della lettera dell'art. 6 della Direttiva 93/13/CE, che consente la salvezza "per il resto" del contratto, salvo che questo possa sussistere "senza le clausole abusive"; oppure, si deve ammettere che possa trovare applicazione la disciplina suppletiva, ove esistente, la quale, consente di colmare la lacuna contrattuale e di eseguire il contratto in una situazione di equilibrio. La stessa Corte di Giustizia, peraltro, in una sentenza precedente al caso *Käsler* (cfr. Corte di Giustizia, 30 maggio 2013, causa C-397/11, *Jörös*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu) (cfr. para. 48)), ha rilevato che 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 possa sussistere anche senza detta clausola». E, tuttavia, la dottrina ha evidenziato come la caducazione totale del contratto non rappresenti sempre una soluzione pienamente soddisfacente nei casi in cui essa non realizzi alcun vantaggio per il consumatore e, anzi, questi risulti maggiormente pregiudicato dalla perdita del regolamento, piuttosto che dalla esecuzione dello stesso, ancorché recante clausole vessatorie. La fattispecie del mutuo – non a caso, oggetto anche della sentenza *Käsler* – è in questo senso significativa: la caducazione totale del contratto esporrebbe il consumatore-mutuatario all'obbligo di restituzione immediata della somma ricevuta in prestito, con l'ulteriore rischio che, ove privo della liquidità necessaria, finirebbe per essere esposto anche al procedimento di esecuzione azionato dal creditore, in forza della garanzia che accede al contratto. Sul tema si vadano: R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Abeek* Brusse, cit., p. 397; L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004, p. 240 ss.; ID., *La vessatorietà delle*

<sup>18</sup> Cfr. Corte di Giustizia, 27 giugno 2000, cause riunite C-240/1998 e C-244/1998, *Océano Grupo Editorial*, in *Racc.*, I, p. 4941 ss.; Corte di Giustizia, 21 novembre 2002, causa C-473/2000, *Cofidis S.A.*, in *Racc.*, I, p. 10875 ss.; Corte di Giustizia, 26 ottobre 2006, causa C-168/2005, *Mostaza Claro*, in *Racc.*, I, p. 10421 ss.; Corte di Giustizia, 4 giugno 2009, causa C-243/2008, *Pannon*, in *Racc.*, I, p. 4812 ss.; Corte di Giustizia, 6 ottobre 2009, causa C-40/2008, *Asturcom Telecomunicaciones*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); Corte di Giustizia, 9 novembre 2010, causa C-137/2008, *Pénzugyi Lizing Zrt*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); Corte di Giustizia, 21 febbraio 2013, causa C-472/2011, *Banif Plus Bank Zrt*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); Corte di Giustizia, 16 gennaio 2016, causa C-49/2014, *Zambrano*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>19</sup> Corte di Giustizia, 4 giugno 2009, causa C-243/2008, *Pannon*, cit. (para. 29-35).



Se una possibilità di modifica non fosse consentita, in questi casi, la rigorosa applicazione delle regole europee finirebbe per produrre un effetto dissuasivo al contrario, in quanto inibirebbe il consumatore dal far valere l'abusività della clausola, per non subire il rischio di perdere l'intero rapporto contrattuale. Questo risultato sarebbe paradossale<sup>21</sup>.

Una volta espresse tali considerazioni a livello di principio, la *Bankia S.A.* rileva che, nel caso di specie, se non operasse il meccanismo sostitutivo, il consumatore potrebbe essere esposto a conseguenze particolarmente dannose. La caducazione totale del contratto potrebbe incidere, addirittura, sulle “*modalità procedurali di diritto nazionale*” (cfr. para. 61): dalla applicazione delle norme spagnole sulla procedura esecutiva ordinaria deriverebbe, infatti, la concreta possibilità, per le banche, di chiedere giudizialmente il rimborso della totalità dell'importo del mutuo residuo “*in proporzioni che potrebbero eccedere le capacità finanziarie del consumatore*” (cfr. para. 58). Viceversa, in caso di conservazione del contratto mediante la sostituzione della clausola abusiva con la regola legale, rimarrebbe applicabile la procedura ipotecaria speciale, retta da regole più vantaggiose per gli interessi del consumatore-mutuuario.

Alla base di tali conclusioni, la Corte pone un significativo argomento. Si osserva che i maggiori svantaggi per il consumatore, connessi alla procedura ordinaria, rilevano ai fini della valutazione delle conseguenze dell'annullamento del contratto, tanto da poter giustificare, in caso di pregiudizio, la sostituzione *ope iudicis* della clausola abusiva con la regola legale. Nell'opposto caso in cui, invece, il contratto possa sussistere senza la pattuizione caducata, spetta sempre al giudice nazionale escluderne l'applicazione, salva l'opposizione del consumatore. Ciò in quanto, di regola, il contratto deve sussistere senza altra modifica diversa dalla soppressione della clausola abusiva, purché tale sopravvivenza sia giuridicamente possibile.

clausole, oltre la nullità parziale, in *Contr. e impr./Eu.*, 2014, 1, p. 240 ss..

<sup>21</sup> Come osserva autorevole dottrina, «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». Così S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio (e l'integrazione) tra Corte di Giustizia, Corte Costituzionale e ABF: “il mondo di ieri” o un trompe l'oeil concettuale?*, in *Contr.*, 2014, 10, p. 858. Secondo la Corte di Giustizia, pertanto, la necessità di superare la lacuna lasciata dalla caducazione di una clausola essenziale sarebbe pienamente giustificata proprio alla luce delle finalità della Direttiva 93/13/CE, in quanto realizzerebbe l'obiettivo sancito all'art. 6, cioè sostituire all'equilibrio formale determinato dal contratto un equilibrio reale volto a ristabilire l'equaglianza fra le parti.

#### 4. Spunti di riflessione sull'evoluzione dei poteri del giudice alla luce del sistema eurounitario.

Le illustrate statuizioni della Corte di Giustizia offrono interessanti spunti di riflessione sull'attuale stadio di evoluzione della tutela consumeristica, contribuendo ad arricchire lo studio dei rimedi predisposti dagli ordinamenti nazionali contro le clausole abusive, nel delicato bilanciamento tra autonomia privata e poteri del giudice.

A di là delle specificità dei due rinvii pregiudiziali, attinenti all'ordinamento spagnolo, è indubbio che *Bankia S.A.* offre una importante occasione per comprendere quali ricadute abbiano i principi ivi enunciati anche con riferimento al regime della nullità (di protezione) apprestata dall'ordinamento italiano.

Da questo punto di vista, due sono gli aspetti che meritano di essere evidenziati.

##### 4.1. *Bankia S.A.* e uso selettivo del rimedio.

Primo aspetto. Innanzitutto, preme evidenziare la novità del quesito interpretativo relativo alla ammissibilità di una declaratoria parziale di abusività, trattandosi di una delle prime sentenze che affronta esplicitamente questo profilo di graduazione del rimedio caducatorio.

Nonostante la risposta negativa della Corte, il tema ci appare denso di complesse implicazioni, non ancora del tutto focalizzate, ma dagli effetti potenzialmente dirompenti.

La questione è particolarmente delicata perché sembra intrecciarsi e dare sostanza al tema, attualmente dibattuto nel nostro ordinamento, dell'uso selettivo del rimedio caducatorio<sup>22</sup>. Ci pare che la ri-

<sup>22</sup> Il tema dell'uso selettivo della nullità è giunto alla attenzione di dottrina e giurisprudenza a partire da una serie di recenti sentenze di legittimità. L'occasione per una riflessione sul tema è offerta dalla materia dei contratti di intermediazione finanziaria, con particolare riferimento alle funzioni delle prescrizioni di forma; ma, più in generale, la medesima questione sembra venire in considerazione ogniqualvolta si discuta della efficacia e della incisività dell'invalidità protettiva. Significativa è l'ordinanza con la quale la prima sezione della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la questione della portata applicativa della sentenza dichiarativa della nullità del contratto-quadro per difetto di forma ex art. 23 T.U.F. (Cass., 2 ottobre 2018, n. 23927, in [www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it); in *Corr. giur.*, 2019, 2, p. con note di M. RIZZUTI, *Nullità selettiva e abuso del processo: la parola alle Sezioni Unite*, e di D. MAFFEIS, *Nullità selettive: la “particolare importanza” di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come conte-*





chiesta della banca di dichiarare solo parzialmente abusiva la clausola di risoluzione anticipata del mutuo configuri una forma selezione degli effetti del rimedio. La domanda mira, sostanzialmente, a direzionare quegli effetti solo su una delle ipotesi di risoluzione anticipata elencate nella clausola, con salvezza di tutte le altre. Per tale via, non solo il contratto continuerebbe a conservare la sua validità, ma anche la singola clausola contestata potrebbe sopravvivere nel suo complesso, una volta espunta la singola proposizione abusiva. Peraltro, ciò sarebbe possibile solo sull'assunto, implicito, che le cause di scadenza anticipata contenute nella clausola siano tra loro chiaramente isolabili e scindibili, talché il vizio di una non si trasmetta alle altre<sup>23</sup>.

*sa fra opportunisti; in Contr., 2019, 3, p. con nota di G. PETTI, L'esercizio selettivo dell'azione di nullità verso il giudizio delle Sezioni Unite; in Giur. it., 2019, 4, p. 763 ss., con nota di C. SARTORIS, Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?);* ci si chiede se l'investitore, quale soggetto legittimato ad agire, in quanto parte debole, possa fare un uso selettivo del rimedio, chiedendo al giudice di limitare le conseguenze della sentenza di nullità solo ad alcuni degli ordini attuativi del contratto-quadro (in particolare, quelli in perdita), escludendo che la patologia si estenda a colpire tutte le altre operazioni di investimento (in particolare, quelle in attivo). La possibilità di selezionare gli effetti della nullità è particolarmente discussa, tanto è vero che gli interpreti oscillano tra posizioni di netta chiusura, ravvisandovi un comportamento opportunistico assimilabile a un'ipotesi di abuso del diritto; e posizioni più favorevoli ad ammettere questo strumento, in coerenza con la *ratio* protettiva della nullità. È chiaro, infatti, che nella scelta per l'una o l'altra opzione ricostruttiva si nasconde l'adesione a due diverse prospettive di fondo. Riconoscere all'investitore la possibilità di invocare un uso selettivo della nullità significa, indubbiamente, rafforzare la protezione del contraente debole: la nullità di protezione sarebbe non solo a legittimazione ristretta e a parzialità necessaria, ma consentirebbe anche di modularne gli effetti in modi diversificati in relazione alle esigenze concrete. Nel contempo, si staglia l'altrettanto condivisibile esigenza di evitare forme di sovra-protezione del contraente debole, in pregiudizio della controparte, riconoscendo a quest'ultima strumenti idonei a tutelarsi contro eventuali condotte abusive da parte della prima. Per una prima analisi del tema, si rinvia anche a: G. BERTI DE MERINIS, *Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità relativa*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2014, 5, p. 612 ss.; S. GIULIANI, *Nullità del contratto quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario e abuso del diritto*, in *Contr.*, 2016, 12, p. 1089 ss.; 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.; 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..

<sup>23</sup> A riguardo, attenta dottrina ha correttamente rilevato che la decisione di escludere la scomposizione degli effetti della declaratoria di abusività sembra coerente con una *fattispecie* in cui le ipotesi che compongono quella clausola sono tra loro inscindibili. Diverso sarebbe, invece, l'esito – sempre che la domanda promani dal consumatore - nei casi in cui le varie proposizioni risultano facilmente scindibili e isolabili, talché il motivo di caducazione di una non si trasmette alle altre. In tale frangente, non sembrerebbero esserci particolari ostacoli alla possibilità, per la parte protetta, di "direzionare" gli effetti della nul-

Ricostruito in questi termini il tema, la decisione della Corte di Giustizia di negare un uso selettivo del rimedio caducatorio non ci appare del tutto convincente in relazione alla specifica argomentazione da essa svolta. I giudici respingono la possibilità di selezionare gli effetti della declaratoria di abusività in quanto essa si tradurrebbe in una sostanziale revisione non consentita del regolamento negoziale. In realtà, nell'ottica di garantire una tutela effettiva per il consumatore, non ci sembra irragionevole consentire una graduazione degli effetti del rimedio, a patto che questa operi solo a suo vantaggio e sia da lui richiesta. Tanto appare coerente con la *ratio* della tutela apprestata dall'art. 6 della Direttiva 93/13/CE: la non vincolatività della clausola abusiva è strumento rimediabile concepito a vantaggio del solo consumatore. Talché, la scelta di cosa caducare spetta unicamente al soggetto da proteggere, l'interesse del quale consiste, verosimilmente, nella conservazione del contratto e della singola clausola, depurata dalla proposizione abusiva<sup>24</sup>.

Poiché nel procedimento in esame è, invece, la banca, non il consumatore, ad avvalersi di tale *modus operandi* del rimedio, la relativa domanda va correttamente respinta, promanando da soggetto diverso da quello che intende proteggere la Direttiva 93/13/CE. A nostro avviso, quindi, la non ammissibilità di una declaratoria di parziale abusività appare condivisibile nell'esito, ma non nell'argomentazione

lità (di protezione), in quanto ciascuna delle cause di risoluzione anticipata «*si lascerebbe guardare come una fattispecie autonoma e dissociabile*». Si veda, in particolare, S. PAGLIANTINI, *Il diritto derivato nazionale e la finzione di un dialogo tra le Corti*, p. 334-335, il quale osserva che una divisibilità nel contenuto della clausola – e, quindi, una scindibilità degli effetti della nullità - si potrebbe avere solo «nel caso in cui la clausola risultasse confezionata enumerando separatamente le cause per una scadenza anticipata, a guisa così di una risolvibilità subordinata all'inadempimento di "una, di alcune ovvero di tutte le rate"».

<sup>24</sup> Se si ragiona alla luce della nullità (di protezione) di cui all'art. 36 cod. cons., che concretizza il rimedio caducatorio contemplato dalla Direttiva 93/13/CE, si osserva che, effettivamente, sarebbe lo stesso statuto di tale nullità a offrire uno strumento che deve operare "a vantaggio" del contraente protetto, così da riequilibrare la posizione tra le parti del contratto asimmetrico. Tanto è vero che, come è stato evidenziato da attenta dottrina (cfr. U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità "selettive"*. A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017, cit., p. 828 ss.), il criterio normativo della operatività "a vantaggio" che connota la nullità di protezione farebbe assurgere tale vantaggio concreto al livello di "presupposto legale di attivazione della tutela". Con la conseguenza che, in questa prospettiva, la possibilità di conservare la parte del contratto (o della clausola) vantaggiosa per il cliente finisce per costituire un risvolto applicativo del rimedio. In questi termini si esprimono anche: A. GENTILI, *La "nullità di protezione"*, in *Eu. dir. priv.*, 2011, p. 91 ss.; S. PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito di contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contr.*, 2017, 6, p. 679 ss..

proposta (vale a dire, perché essa realizzerebbe una sostanziale modifica del contratto). Non a caso, la stessa *Bankia S.A.*, con riferimento alla seconda questione, perviene ad ammettere un intervento correttivo mediante l'integrazione legale.

#### 4.2. Integrazione del contratto ed effettività della tutela.

Secondo aspetto. *Bankia S.A.*, richiamando il noto precedente *Kàsler*, ammette una limitata possibilità di “manipolazione” del contratto per mano del giudice, attraverso un'opera di integrazione della lacuna con una regola legale<sup>25</sup>.

A ben guardare, se si ragiona alla luce del principio eurounitario della effettività delle tutele<sup>26</sup>, ci si

<sup>25</sup> Come attenta dottrina ha chiarito, la possibilità di integrare la lacuna contrattuale sopravvenuta mediante regole di diritto dispositivo può apparire una contraddizione in termini solo in apparenza. È vero che queste regole sono suscettibili di essere derogate dall'autonomia privata, differentemente da quelle a carattere imperativo o inderogabile, affinché il regolamento risulti il più corrispondente possibile alle intenzioni dei contraenti. In realtà, anche la violazione di norme di diritto dispositivo può essere correlata alla patologia della nullità. Questa idea si è consolidata proprio con lo sviluppo della disciplina consumeristica. La tutela contro le clausole abusive è concepita come una forma di protezione che non presuppone norme imperative recanti obblighi o divieti, bensì si realizza attraverso il controllo dell'esercizio della libertà contrattuale. Per cui, nell'ambito dei contratti asimmetrici, in tanto la deroga alle regole del diritto dispositivo è ammessa, in quanto sia concordata dalle parti. Laddove, invece, una di esse abbia sfruttato la propria forza per imporre all'altra una clausola contrattuale difforme dalla regola suppletiva, si è alla presenza di una deroga non legittima, né giustificata, perché idonea a generare un significativo squilibrio contrario a buona fede. Dunque, solo la bilateralità costituisce condizione indispensabile per l'ammissibilità della deroga. Ne consegue la possibilità di colmare la lacuna derivante dalla nullità delle clausole abusive proprio con il rinvio alla regola del diritto dispositivo abusivamente aggirata dal professionista. Sul tema si vedano le riflessioni di: 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.; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008; A. FEDERICO, *Nuove nullità e integrazione del contratto*, in Bellavista-Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, p. 351 ss.; 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. 249 ss.; 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 ss..

<sup>26</sup> Sulla rilevanza e la centralità, nella materia in esame, del principio di effettività si vedano, *ex multis*: A. DI MAJO, *Tutela (dir. priv.)* (voce), in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 360; A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 828; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nel-*

accorge che un sistema di soppressione delle clausole abusive “in negativo” non risulta sempre in grado di realizzare efficacemente quell'obiettivo di protezione a cui tende la Direttiva 93/13/CE. Il menzionato principio impone, piuttosto, la necessità, per l'interprete, di valutare quali siano le conseguenze del vuoto contrattuale determinato dalla eliminazione della clausola abusiva.

Siffatta necessità appare tanto più stringente quando il giudizio di abusività colpisce una pattuizione relativa a un elemento essenziale per la logica dell'operazione economica. In tali casi, la semplice caducazione della clausola abusiva non sembra offrire sempre una tutela appagante per il consumatore, in quanto il rischio è che da essa derivi la nullità dell'intero contratto, ove questo, una volta privato della pattuizione essenziale, non sia più concretamente eseguibile<sup>27</sup>.

Da qui il tentativo - da più parti promosso dagli interpreti italiani - di riconoscere al giudice il potere di colmare la lacuna contrattuale<sup>28</sup>. Nella consape-

*le dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 907; S. PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, in *Pers. merc.*, 2015, 4, p. 112; D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela e poteri del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, p. 961; G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, p. 787; ID., *Effettività delle tutele (diritto civile)* (voce), in *Enc. dir.*, Ann. X, Milano, 2017, p. 381; D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela: una casistica*, in *Persona e mercato*, 2016, 2, p. 62 ss..

<sup>27</sup> Cfr. S. PAGLIANTINI, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 4, p. 818 ss., il quale osserva che proprio perché la Direttiva consumeristica ha come scopo la protezione di “un interesse al contratto”, «la funzione integrativa è destinata a riemergere quando la disapplicazione pura della clausola finirebbe per importare il caducarsi del contratto ovvero per renderne impossibile l'esecuzione, esponendo il consumatore a una tutela che in realtà non lo protegge. Il che produrrebbe un effetto paradossale in contrasto con l'art. 47 della Carta». Tanto è vero che, secondo l'A., concepire un divieto di integrazione, sia legale, che equitativa, implicherebbe il rischio di un fenomeno di *overdeterrence* e vanificherebbe l'obiettivo di un rimedio adeguato alle esigenze del caso concreto (cfr. S. PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, cit., p. 565).

<sup>28</sup> In dottrina, il tema è stato studiato da: L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, cit., p. 261 ss.; M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto. Profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004, p. 148 ss.; A. D'ADDA, *La correzione del “contratto abusivo”*, in A. Bellavista-A. Plaia, *Le invalidità di diritto privato*, cit., p. 364 ss.; E. CAPOBIANCO, *L'integrazione*, in *Tratt. del contratto*, diretto da V. Roppo, *Il regolamento*, a cura di G. Vettori, Milano, 2006; F. AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Oss. dir. civ. cont.*, 2017, 1, p. 80 ss.. In giurisprudenza, si vedano: Cass., sez. lav., 9 agosto, 1996, n. 35, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it); Cass., sez. lav., 11 gennaio 2007, n. 153,

volezza che, diversamente ragionando, il consumatore si troverebbe stretto nell'alternativa tra sottostare a un regolamento pregiudizievole, in quanto frutto dell'abuso dell'altrui libertà contrattuale, ovvero, subire la caducazione totale del contratto. Con la conseguenza che, in quest'ultimo caso, egli non solo perderebbe lo strumento giuridico necessario a conseguire il bene o il servizio di cui abbisogna, ma dovrebbe anche dare corso ai conseguenti obblighi restitutori.

Per questi motivi, nella sentenza *Kasler* prima e nella sentenza in esame oggi, la Corte di Giustizia evidenzia lo stretto legame che intercorre tra il meccanismo della integrazione (legale) e il principio di effettività della tutela giurisdizionale, nella presa d'atto che «l'integrazione del contratto va intesa come momento nel quale si concretizza il diritto a un rimedio effettivo»<sup>29</sup>.

Ma vi è di più. La giurisprudenza europea perviene alle stesse conclusioni anche in un'altra sentenza, sempre in materia di mutuo, coeva a *Bankia S.A.*. Nel caso *Dunai*<sup>30</sup>, infatti, è contenuta una importante puntualizzazione: la possibilità di integrare il contratto con una regola legale di diritto dispositivo funzionale a garantirne la conservazione «non può avere l'effetto di indebolire la tutela garantita ai consumatori». Questo significa che ai giudici nazionali spetta il delicato compito di verificare se la

normativa da inserire nel regolamento contrattuale per colmare la lacuna sia effettivamente in grado di «ripristinare in fatto e in diritto la situazione in cui la mutuataria si sarebbe trovata in assenza della clausola abusiva»<sup>31</sup>.

In conclusione, se si riportano queste riflessioni nell'ordinamento italiano, ci si accorge che i principi di recente enunciati dalla Corte di Giustizia impattano profondamente sull'assetto del rimedio della nullità di protezione.

Siamo, certamente, oltre la nullità intesa in senso codicistico. Il riconoscimento di una (limitata) possibilità di modificazione del contratto per mano del giudice sembra andare nella direzione di accentuare il carattere conformativo del rimedio previsto contro le clausole abusive. La nullità di protezione, difatti, consente di realizzare un sostanziale “rimodellamento” del regolamento contrattuale mediante differenti forme di graduazione della sua efficacia, nella prospettiva di assicurarne la conservazione<sup>32</sup>. E tanto è possibile perché, dal punto di vista operativo, essa si caratterizza per il modulo della necessaria parzialità.

Non sempre il primario effetto conformativo strutturalmente connesso alla caducazione della singola clausola risulta sufficiente a garantire una tutela adeguata per il consumatore. Quando la nullità colpisce una clausola essenziale, al rimedio caducatorio può affiancarsi l'integrazione della lacuna con regole dettate dal legislatore.

Non solo. L'esigenza di garantire quell'effettività delle tutele richiesta dal diritto europeo consentirebbe anche di ammettere una possibilità di modulazione degli effetti della nullità del tutto inedita. Alla luce delle più recenti riflessioni giurisprudenziali e dottrinali, come visto, il giudice, su indicazione del consumatore, potrebbe “selezionare” gli effetti della nullità, scegliendo quali porzioni di una clausola abusiva dal contenuto complesso possano

in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, 1, p. 200 ss.; Trib. Massa, ord. 26 febbraio 2014, e Trib. Mass., ord. 15 maggio 2014, entrambe in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 2, p. 567, con nota di G. DE LORENZO, *Contratto e divieto di discriminazione*; e in *Nuova giur. civ., comm.*, 2015, 3, p. 218, con nota di V. BACHELET, *La clausola squilibrata e nulla per abuso di dipendenza economica e il prezzo lo fa il giudice: nota a margine di un caso pilota*. Significative anche alcune decisioni dell'Arbitro bancario finanziario: 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; 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. Tutte le decisioni sono consultabili su [www.arbitrobancariofinanziario.it](http://www.arbitrobancariofinanziario.it).

<sup>29</sup> Le parole sono di S. PAGLIANTINI, *Effettività della tutela giurisdizionale, consumer welfare e diritto europeo dei contratti nel canone interpretativo della Corte di Giustizia: traccia per uno sguardo d'insieme*, cit., p. 819. Del medesimo autore si veda anche S. PAGLIANTINI, *Post-vessorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, cit., p. 563, il quale precisa che l'integrazione dispositiva non opera ogni qual volta debba farsi questione di una nullità totale, ma solo con riferimento a «quelle nullità totali che, in ragione della loro appendice restitutoria, produrrebbero il risultato di rendere controproducente, per il consumatore, ogni forma di impugnativa negoziale».

<sup>30</sup> Corte di Giustizia, 14 marzo 2019, causa C-118/17, *Zsuzsanna Dunai vs. Erste Bank Hungary ZRT*, in [www.curia.eu](http://www.curia.eu) (para. 41-45).

<sup>31</sup> Il potere di integrazione giudiziale del contratto trova un limite preciso nell'interesse del consumatore: tale sostituzione deve essere circoscritta ai casi in cui l'annullamento totale del contratto esporrebbe la parte debole a conseguenze pregiudizievoli. Non solo. Quanto esposto implica che, ragionando al contrario, laddove la sopravvivenza del contratto (modificato) risultasse in contrasto con gli interessi del consumatore, il meccanismo sostitutivo non potrebbe operare e quel contratto, una volta privato della clausola abusiva essenziale, dovrebbe, necessariamente, andare incontro a caducazione totale.

<sup>32</sup> Sul punto, si rinvia agli studi di: G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001; A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contr.*, 2003, 2, p. 204 ss.. In particolare, si veda: V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 6, p. 735 ss.; ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011.



essere caducate e quali, invece, possano essere conservate. Tale possibilità di direzionare gli effetti del rimedio, tuttavia, in tanto può essere consentita, in quanto sia diretta a realizzare un concreto vantaggio per il consumatore.

Per tale via, ci sembra che la cifra che, oggi, connota peculiarmente la nullità di protezione sia quella di un rimedio con effetti sempre più (e necessariamente) graduati, in coerenza con l'esigenza di strumenti di tutela realmente parametrati sugli interessi volta a volta da proteggere.