



### «Clausola abusiva...e poi?» Integrazione e nullità del contratto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia



Matteo Dellacasa

**SOMMARIO:** **1.** «Post-abusività»: ovvero, come governare uno scenario complesso con una disciplina incompleta. – **2.** Il sindacato di abusività nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: la trasparenza in senso economico e sostanziale. – **3.** *Segue.* Il requisito della buona fede e il criterio del «significativo squilibrio»: dove governano i diritti nazionali. – **4.** Quando l'abusività della clausola non mette in discussione la permanenza del contratto: è ipotizzabile una nullità senza integrazione? – **5.** L'integrazione della clausola nulla e il suo impatto sulle contrattazioni nelle discipline di carattere "verticale": credito al consumo e TAEG scorretto. – **6.** Quando l'abusività della clausola può estendersi all'intero contratto: un nuovo regime della nullità e una forma sperimentale di integrazione. – **7.** Sostituzione della clausola abusiva con norme legali, ma solo se l'alternativa è una nullità penalizzante per il consumatore? Su *D.B.P.* e *Dexia Nederland*.

#### **1. «Post-abusività»<sup>1</sup>: ovvero, come governare uno scenario complesso con una disciplina incompleta**

Le clausole abusive predisposte dal professionista – dispone la direttiva 93/13 [di seguito, «la direttiva»] – «non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle... legislazioni nazionali»; il contratto, nondimeno, resta «vincolante per le parti secondo i

<sup>1</sup> Riformuliamo qui, per adattarlo al contenuto del saggio, l'efficace neologismo di PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 561.

medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive» (art. 6, par. 1).

Il legislatore europeo, dunque, prevede quale conseguenza ordinaria dell'abusività l'inefficacia della clausola; rimette alle legislazioni nazionali la qualificazione del rimedio al quale tale inefficacia consegue e la configurazione del suo regime; prevede che l'inefficacia resti ordinariamente circoscritta alla clausola abusiva, ma ammette l'eventualità che in assenza di essa il contratto possa risultare inidoneo a regolare l'operazione economica e sia così destinato ad essere integralmente improduttivo di effetti.

La direttiva, invece, non regola la gestione della lacuna generata dall'inefficacia della clausola abusiva. Nelle intenzioni del professionista che l'ha predisposta, quest'ultima avrebbe dovuto integrare il regolamento contrattuale: la sua elisione impone allora per necessità logica, prima ancora che giuridica, la sostituzione della regola convenzionale con una diversa regola, sia essa di fonte convenzionale, legale o giudiziale. Il legislatore tedesco, come è noto, individua quale conseguenza fisiologica della declaratoria di abusività della clausola la sua sostituzione con norme di fonte legale: stante l'inefficacia della clausola, infatti, «il contenuto del contratto si regola secondo le disposizioni di legge» [§ 306(2) BGB]<sup>2</sup>. Una disposizione analoga non si rinviene nella legislazione italiana, che appare anzi, sotto questo profilo, più reticente della stessa matrice europea; dopo aver ricondotto alla nullità l'inefficacia della clausola prevista dalla direttiva, il codice del consumo dispone che il contratto rimanga «valido per il resto», senza prevedere l'ipotesi di una nullità estesa all'intero accordo (art. 36, comma 1).

D'altra parte, se è vero che il legislatore europeo considera l'eventualità che l'inefficacia della clausola si propaghi all'intero contratto, è anche vero che esso non disciplina i criteri sulla base dei quali tale ipotetica estensione è destinata a prodursi. In assenza di indicazioni rinvenibili nel testo della direttiva, la Corte di Giustizia afferma che tali criteri devono essere rinvenuti nelle legislazioni nazionali<sup>3</sup>. Senonché – come risulta evidente anche nel contesto italiano – le regole di diritto comune previste da queste ultime si fondano su un presupposto diverso ed anzi incompatibile con quello che ha orientato l'elaborazione della direttiva, ovvero sulla parità formale dei contraenti; su questa base, ammettono senza alcun pregiudizio che un'alterazione significativa del regolamento contrattuale conseguente alla nullità di una o più clausole possa legittimare la parte che

<sup>2</sup> Si rinvia sul punto, anche per i riferimenti alla dottrina tedesca, ai contributi di AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, 58 s., nt. 27 e di F.P. PATTI, *Clausola vessatoria sugli interessi moratori e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2014, 744 s., testo e nt. 18. Nella giurisprudenza dell'arbitro bancario finanziario, cfr. Coll. Roma, ord. 23 maggio 2014, n. 3415, in *Contratti*, 2014, 737, 740, con nota di F.P. PATTI, *Clausola vessatoria*, cit.

<sup>3</sup> Cfr. C. Giust. 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, [doc. 1] punto 40; C. Giust. 29 aprile 2021, C-19/20, *Bank BPH*, [doc. 2] punti 83-85, 90; C. Giust. 30 giugno 2022, C-170/21, *Profi Credit Bulgaria*, [doc. 3] punto 35; C. Giust. 8 settembre 2022, C-80-82/21, *D.B.P.*, [doc. 4] punto 66; C. Giust. 12 gennaio 2023, C-395/21, *D.V. v. M.A.*, [doc. 5] punto 55.

ne risulta pregiudicata ad ottenere la caducazione dell'intero contratto (art. 1419, comma 1 c.c.)<sup>4</sup>.

Se, dunque, la conseguenza ordinaria dell'abusività è una nullità circoscritta alla clausola, lo scenario in cui si colloca la previsione è largamente incompleto. Stante la carenza di indicazioni rinvenibili nel testo della direttiva e nella stessa legislazione italiana, occorre valutare quali regole permettano di colmare la lacuna prodotta dalla nullità della clausola; e individuare le condizioni in presenza delle quali in un rapporto asimmetrico come quello che intercorre tra «professionista» e «consumatore» la nullità possa estendersi all'intero contratto.

In un primo tempo, il tema è stato oggetto di interesse prevalentemente teorico, sollecitato dalla nuova valenza che la disciplina delle clausole abusive assegna alle norme dispositive<sup>5</sup>. Se infatti queste ultime costituiscono un essenziale punto di riferimento nella valutazione dell'abusività di una clausola, nel contesto dei contratti di consumo assumono di fatto una valenza parzialmente imperativa; posto che, come vedremo, esse integrano la nozione di «significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti» pregiudizievole per le ragioni del consumatore, quando risultano derogate oltre una certa soglia contribuiscono ad avvalorare l'abusività della clausola. E siccome, come sembra naturale, la lacuna prodotta dalla nullità della clausola viene colmata ricorrendo a quelle stesse norme dispositive che sono state abusivamente derogate, si è portati a concludere che nel contesto dei contratti di consumo il diritto dispositivo assume una valenza «cripto-»<sup>6</sup>, o «semi-»<sup>7</sup> imperativa. La riflessione teorica si è allora concentrata, in questa

<sup>4</sup> Benché di recente sia stato segnalato, e commentato in termini critici, un orientamento volto a limitare l'estensione della nullità all'intero contratto, realizzandosi così una riduzione teleologica del regolamento contrattuale che si ritiene possa trovare giustificazione solo quando la funzione protettiva della nullità è esplicitamente avvalorata dalla legge: cfr. BACHELET, *La "decodificazione" giurisprudenziale dell'art. 1419, primo comma, c.c. e le sue fattispecie*, in *Eur. dir. priv.*, 2021, 553. Il fenomeno viene inquadrato nel contesto di una tendenza che vede la nullità codicistica "consumerrizzarsi": dunque, assumere i tratti delle nullità previste dalla disciplina protettiva del consumatore, ordinariamente circoscritte ad una parte del regolamento contrattuale. Cfr. PAGLIANTINI, *Un giro d'orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, in *Persona e mercato*, 2021, 33 s.; ID., *L'ambaradan delle nullità (urbanistiche e della s.r.l., locative e della claims made)*, in *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Esi, 2020, 390; adesivamente, BACHELET, *La "decodificazione" giurisprudenziale*, cit., 583.

<sup>5</sup> Per una nitida ricostruzione, cfr. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante diritto dispositivo*, in D'Amico e Pagliantini, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Torino, 2013, 213 e più di recente, D'ADDA, voce *Integrazione del contratto*, in *Enc. dir., I tematici*, I, Milano, 2021, 609, 626 ss.

<sup>6</sup> L'espressione è di 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 *Contratti*, 2014, 861; ID., *Il diritto derivato nazionale e la finzione di un dialogo tra le corti*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2018, 336 s.; ID., *Post-vessatorietà*, cit., 564.

<sup>7</sup> A segnalare l'esistenza di norme «semidispositive», in quanto «solo parzialmente derogabili» – dunque, potremmo aggiungere, «discretamente imperative» – è ROPPO, *Il contratto*, 2ª ed., in *Tratt. dir. priv.* diretto da Iudica e Zatti, Milano, 2011, 460 s. L'espressione è ripresa da D'ADDA, *Nullità*

prima fase, sugli strumenti che sotto il profilo ricostruttivo sono meglio in grado di giustificare l'integrazione della lacuna generata dalla nullità della clausola: ci si riferisce, in particolare, al dibattito focalizzato sul ricorso alle disposizioni che configurano le due varianti dell'integrazione suppletiva (art. 1374)<sup>8</sup> e cogente (artt. 1339; 1419, comma 2)<sup>9</sup> e all'opinione che ricostruisce l'applicazione delle norme dispositive come il risultato di una fisiologica "riespansione" determinata dall'inefficacia della clausola abusiva<sup>10</sup>.

In questa sede, per sottrarci agli equivoci che l'aggettivo «dispositivo» potrebbe generare, preferiamo designare quali «regole di fonte legale», o «norme legali» le previsioni che si candidano all'integrazione della lacuna. Se da un lato tali espressioni evitano di presentare come derogabili norme che in questo contesto normativo lo sono solo in parte – e segnatamente, fino all'enigmatica soglia del «significativo squilibrio» – esse esplicitano dall'altro la fonte delle regole destinate ad integrare la clausola nulla: un aspetto che, come vedremo, assume notevole rilevanza nella giurisprudenza europea<sup>11</sup>.

Più di recente il tema riscuote una rinnovata attenzione, e non solo in Italia<sup>12</sup>, a causa dell'intensificarsi degli interventi della Corte di Giustizia, a loro volta sollecitati da due ordini di fattori: l'adozione di clausole non trasparenti da parte di operatori bancari e finanziari concentrati prevalentemente – ma non esclusivamente – nell'Est europeo e in Spagna e il ricorso a misure protezionistiche da parte di legislatori e istanze giurisdizionali superiori, entrambi preoccupati delle conseguenze che l'incremento del contenzioso e l'accoglimento massivo delle domande proposte dai consumatori potrebbero comportare a carico del sistema bancario e finanziario.

In questa seconda fase della riflessione, le preoccupazioni di carattere teorico appaiono meno urgenti se confrontate con l'esigenza di decodificare le indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza della Corte. Ciò che occorre comprendere, in altri termini, è non solo e non

---

*parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 251 s. e più di recente da AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva*, cit., 73.

<sup>8</sup> In base all'interpretazione evolutiva della disposizione proposta da D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto*, cit., 241 ss. e condivisa da AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva*, cit., 63.

<sup>9</sup> Sulla compatibilità tra la disciplina consumeristica di derivazione europea – come interpretata dalla Corte di Giustizia – e la categoria dell'integrazione cogente v., da ultimo, IAMICELI, *Nullità parziale e integrazione del contratto nel diritto dei consumatori tra integrazione cogente, nullità nude e principi di effettività, proporzionalità e dissuasività delle tutele*, in *Giust. civ.*, 2020, 728 ss.

<sup>10</sup> Ci si riferisce ai contributi di D'ADDA, voce *Integrazione del contratto*, cit., 632; *Le nuove stagioni dell'integrazione del contratto*, in *Ann. contr.* 2019, Torino, 2020, 47, 50; *Nullità parziale e tecniche di adattamento*, cit., 261 ss., spec. 267 s.

<sup>11</sup> V., *infra*, §§ 4, 6.

<sup>12</sup> A segnalare il "cambio di passo" nella giurisprudenza della Corte e il conseguente interesse della letteratura giuridica europea è il saggio di MICKLITZ e REICH, *The Court and Sleeping Beauty: the Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)*, in *Common Market Law Review*, 2014, 771. Significativo il fatto che decorso un decennio SECOLA (*Society of European Contract Law*) abbia scelto di dedicare un convegno al tema, evidentemente ritenendolo oggetto di particolare attenzione nel contesto europeo [*Unfair Contract Terms and Restitution in European Private Law*, Milano, 12-13 dicembre 2022].

tanto il modo in cui giustificare l'integrazione del contratto parzialmente abusivo ricorrendo al diritto dello stato, quanto le coordinate sulla base delle quali il giudice nazionale è tenuto a operare una volta accertata l'abusività di una clausola rinvenibile in un contratto di consumo.

Sono diverse le ragioni che rendono il compito tanto complesso, quanto stimolante.

Come avviene su tutto il fronte del diritto privato di matrice europea, su questo terreno si riscontra la delicata coesistenza tra regole e istanze giurisdizionali diverse. Non è facile definire con chiarezza il dominio del diritto dell'Unione e quello dei diritti nazionali, così come le competenze dei rispettivi organi giurisdizionali. Cedendo alla tentazione di descrivere schematicamente i rapporti tra i due ordini di regole, si sarebbe portati ad affermare che la normativa europea definisce i criteri sulla base dei quali una clausola può essere ritenuta abusiva e, nei suoi tratti essenziali, il regime applicabile a seguito dell'accertamento dell'abusività; mentre il diritto nazionale completa la definizione di tale regime e governa, in particolare, le conseguenze che l'inefficacia della clausola produce sul resto del contratto. Si tratterebbe, tuttavia, di una rappresentazione approssimativa e carente. Da un lato – lo si è già ricordato – il diritto nazionale contribuisce ad identificare il «significativo squilibrio» tra i diritti e gli obblighi delle parti che deve essere accertato nel controllo di abusività. Dall'altro, nonostante si affermi che la questione appartiene alla sfera di competenza dei diritti nazionali la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo incide in modo rilevante sul modo in cui l'abusività di una clausola può ripercuotersi sulla validità del contratto di consumo.

Non solo. Se il dettato della direttiva è inevitabilmente incompleto, in quanto destinato ad integrarsi con le legislazioni nazionali, il contesto storico in cui la Corte si trova ad operare non è certo favorevole ad un deciso avanzamento del processo di integrazione tra gli ordinamenti degli stati dell'Unione. Il prodotto dei due fattori è una giurisprudenza che se confrontata con quella nazionale appare frammentaria e disuguale. «Frammentaria» perché considera solo un aspetto della decisione che il giudice competente a decidere sulla controversia deve assumere, e non di rado – pur disponendo degli elementi necessari per farlo – elude la soluzione del quesito, rifiutando di prendere posizione su questioni che attengono all'interpretazione del testo della direttiva. «Disuguale» perché incide in modo diverso sugli aspetti che richiedono di essere definiti perché la disciplina delle clausole abusive sia armonizzata nei fatti e non solo nelle intenzioni. A fronte dell'elaborazione creativa di regole processuali stringenti – in particolare, per quanto riguarda il ruolo del giudice<sup>13</sup> – alcuni snodi del testo europeo vengono in buona parte affidati all'elaborazione

---

<sup>13</sup> V., a titolo esemplificativo, C. Giust. 30 giugno 2022, C-170/21, *Profi Credit Bulgaria*, [doc. 3] punto 38; C. Giust., grande sezione, 17 maggio 2022, C-693/19 e C-831/19, *SVP Project 1503*, [doc. 6] punto 68; C. Giust. 29 aprile 2021, C-19/20, *Bank BPH*, [doc. 2] punto 97; C. Giust. 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, [doc. 1] punti 53, 66; C. Giust. 26 gennaio 2017, C-421/14, *Banco Primus*, [doc. 7] punto 43. Per ulteriori riferimenti, si rinvia alla comunicazione della COMMISSIONE EUROPEA *Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 93/13/CEE del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, pubblicata nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea*, 27 settembre 2019, 44-62.

degli interpreti nazionali: ci si riferisce in particolare alle nozioni di «oggetto principale del contratto»<sup>14</sup> – rilevante ai fini dell’esonazione dal sindacato di abusività (art. 4, par. 1)<sup>15</sup> – e di «significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti» (art. 3, par. 1)<sup>16</sup>.

Certamente, infine, il quadro non è reso più nitido dal lessico volutamente generico adottato dalla Corte per non smentire le scelte linguistiche compiute dagli stessi redattori della direttiva e rendere la motivazione fruibile da parte dei giudici di tutti i paesi dell’Unione. Così, le «disposizioni legislative o regolamentari imperative» la riproduzione delle quali immunizza la clausola dal sindacato di abusività (art. 1, par. 2)<sup>17</sup> sono anche quelle suppletive, dunque derogabili<sup>18</sup>, purché, nei contratti di consumo, nel rispetto del-

---

<sup>14</sup> Un buon esempio di pronuncia “evasiva” sul punto specifico è offerto da C. Giust. 10 giugno 2021, C-609/19, *Paribas Personal Finance SA*, [doc. 8] in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 1268, con nota di PANCALLO, *La tutela del consumatore nei contratti di mutuo espressi in valuta estera*. La Corte viene interpellata in ordine all’attinenza all’oggetto principale del contratto di una clausola, contenuta in un contratto di mutuo espresso in valuta straniera, in base alla quale le somme pagate dal consumatore sarebbero state imputate prioritariamente agli interessi e qualora, a causa dell’andamento sfavorevole del tasso di cambio, il suo debito nei confronti della banca fosse aumentato, la durata del contratto sarebbe stata dilatata fino ad un massimo di cinque anni e in subordine – nel caso in cui l’estensione non fosse sufficiente a “contenere” l’aumento del debito – sarebbe stato aumentato l’importo delle rate mensili: una risposta positiva avrebbe comportato l’esonazione dal controllo di abusività della clausola, qualora trasparente in senso economico e sostanziale (art. 4, par. 2, dir. 93/13). Senonché, la Corte si limita a sostituire il criterio previsto dalla direttiva con un criterio non meno vago - reperibile nella sua stessa giurisprudenza [per esempio in *Kasler*: 30 aprile 2014, C-26/13, [doc. 9] punto 49] - rispondendo che la clausola può ritenersi attinente all’oggetto principale del contratto «qualora fissi un elemento essenziale che caratterizza» lo stesso contratto: più che una risposta insoddisfacente, una risposta omessa. Nonostante il riferimento all’«insieme contrattuale» rappresentato dal collegamento tra mutuo ed assicurazione – promettente, ma non sviluppato nel contesto della motivazione – appare piuttosto evasiva sul punto specifico anche C. Giust. 23 aprile 2015, C-96/14, *Van Hove*, [doc. 9] in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, con nota di LANDINI, “Oggetto oscuro” e tutela del consumatore ed in *Contratti*, 2015, 758, con nota di PAGLIANTINI, *Contratto b2c e concorso di tutele: variazioni su diritto primo e diritti secondi a margine di Van Hove e Matei*.

<sup>15</sup> Cfr. art. 34, comma 2 *Cod. cons.*

<sup>16</sup> V., *infra*, § 3.

<sup>17</sup> Cfr. art. 34, comma 3 *Cod. cons.*

<sup>18</sup> Cfr. C. Giust 9 luglio 2020, C-81/19, *SC Banca Transilvania SA*, [doc. 9] in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 5, con nota di F. MORELLO, *Norme suppletive non derogate e giudizio di vessatorietà*. Anche tale sentenza risponde alla questione pregiudiziale in modo laconico e carente. Un giudice di secondo grado rumeno chiede alla Corte di chiarire se una clausola contrattuale riproduttiva di una norma suppletiva sia esclusa dal controllo di abusività ai sensi dell’art. 1, par. 2 dir. 93/13. Senonché, la previsione in relazione alla quale viene sollecitata l’interpretazione pregiudiziale è un frammento di una più ampia clausola contenuta in un contratto di mutuo, in base alla quale il capitale sarebbe stato tanto erogato al mutuatario, quanto restituito al mutuante in valuta straniera (franchi svizzeri), prevedendosi contestualmente che, ai fini dell’adempimento dell’obbligazione di rimborso, il denaro in valuta nazionale (lei rumeni) nella disponibilità del mutuatario sarebbe stato convertito dalla banca nella valuta straniera nella quale era stato contratto il mutuo sulla base del tasso di cambio praticato alla scadenza delle singole rate. La clausola, evidentemente, imputa il

la soglia del «significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti». Neppure contribuiscono a rendere più limpido il quadro le alterazioni inevitabilmente determinate dalla traduzione: in qualche caso, esse generano dubbi interpretativi che non sempre il confronto con le altre versioni linguistiche della motivazione permette di risolvere.

Ne deriva una produzione giurisprudenziale ormai consistente, ma non facile da ricostruire, sicché non stupisce che in relazione ad alcuni aspetti di essa vengano proposte in dottrina letture sensibilmente diverse. In questa occasione, allora, proveremo a delineare quanto più chiaramente possibile gli orientamenti della Corte di Giustizia valorizzando non solo la formulazione dei principi di diritto, ma anche e soprattutto le fattispecie che ne hanno determinato l'enunciazione. A nostro avviso, infatti, solo raccordando le affermazioni della Corte con i fatti che inducono i giudici nazionali ad interpellarla è possibile rappresentare attendibilmente le sue posizioni. La prospettiva che scegliamo di adottare è, dunque, prevalentemente ricostruttiva, anche se non mancheranno alcuni rilievi critici.

Siccome, poi, il contributo che si intende dare in questa sede verte sulla giurisprudenza europea, ancorché considerata nel suo rapporto con gli ordinamenti nazionali, la terminologia e le disposizioni richiamate nel testo saranno quelle della direttiva; anche

---

rischio di cambio al mutuatario, che percependo il proprio reddito in moneta nazionale risente negativamente del possibile incremento di valore di quella straniera nella quale ha contratto il debito. Nel contesto di essa si riscontra un enunciato in base al quale «qualsiasi pagamento effettuato sulla base del contratto è effettuato nella valuta del mutuo», dunque in franchi svizzeri. La previsione, osserva il giudice del rinvio, riproduce il principio nominalistico sancito dall'art. 1578 del codice civile rumeno, in base al quale «il debitore deve restituire l'importo ricevuto in prestito...unicamente nella valuta avente corso legale al momento del pagamento». Alla Corte viene chiesto di chiarire se la norma, benché applicabile solo qualora non derogata dalle parti, rientri tra le «disposizioni legislative o regolamentari imperative» la cui riproduzione esenta la clausola dal controllo di abusività (art. 1, par. 2 dir. 93/13).

La risposta positiva data dalla Corte sembra indirizzare l'esito della controversia verso il rigetto della domanda di nullità proposta dal mutuatario. In sé e per sé considerata essa appare condivisibile, perché fondata sulla ragionevole presunzione in base alla quale le disposizioni dettate dai legislatori nazionali non contengono elementi di abusività (v., *infra*, § 6), a prescindere dal fatto che esprimano norme imperative o suppletive. Si impone, dunque, una "rilettura" dell'art. 1, par. 2 che assume i contorni di una interpretazione correttiva: quanto meno, se si assumono a riferimento il testo italiano della direttiva e gli usi linguistici consolidati tra gli operatori giuridici del nostro paese.

La Corte, invece, non si sofferma sul fatto che l'enunciato del testo contrattuale che il giudice del rinvio assume essere riproduttivo di una norma dispositiva *non è una clausola* – tale essendo la regola che prevede l'erogazione e la restituzione del mutuo in valuta straniera e riserva alla banca la conversione nella stessa della moneta nazionale del mutuatario – ma un suo *frammento*; sicché certamente la clausola, considerata nella sua integrità, non può considerarsi riproduttiva della norma dispositiva in base alla quale il pagamento avviene nella valuta dedotta ad oggetto dell'obbligazione (art. 1578 c.c. rom.). Rispetto a tale evidente omissione – che riflette un approccio burocraticamente orientato all'«evasione della pratica», piuttosto che alla realizzazione di un obiettivo di giustizia – la raccomandazione in base alla quale l'immunità delle clausole riproduttive «deve essere interpretata restrittivamente» (punto 24) non sembra costituire un correttivo sufficiente.

se per comodità del lettore le corrispondenti norme del codice del consumo saranno richiamate nell'apparato critico. Per la stessa ragione, ci si esprimerà in termini di «abusività» e non di «vessatorietà» della clausola unilateralmente predisposta, adottando una scelta lessicale che, forse, sarebbe stata più opportuna anche nell'ottica del legislatore italiano.

Nei limiti imposti dalle caratteristiche del saggio, si prenderanno in considerazione i criteri sulla base dei quali viene effettuato il sindacato di abusività – come delineati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia – in quanto solo sulla base di essi è possibile comprendere le soluzioni adottate in ordine alle conseguenze della declaratoria di nullità (§§ 2, 3). Si passeranno quindi ad analizzare le fattispecie in cui la nullità della clausola resta circoscritta ad essa, senza potersi estendere all'intero contratto. Si valuterà se sia effettivamente configurabile una nullità “nuda” o se invece sia inevitabile la sostituzione della clausola con una diversa regola: ci si propone di illustrare, allora, che – essendo la seconda l'unica strada percorribile – la Corte di Giustizia ritiene incompatibile con la direttiva la conservazione della clausola depurata delle sue componenti abusive, ma ne ammette la sostituzione con la regola di fonte legale applicabile in assenza di essa (§ 4). Siccome nell'argomentare della Corte è ricorrente l'esigenza di assicurare alla direttiva un'adeguata efficacia deterrente, si proporrà una breve digressione volta a segnalare che in un ambito più settoriale e specifico – e segnatamente nel campo del credito al consumo – si riscontra la tendenza ad accentuare la connotazione deterrente e sanzionatoria della disciplina consumeristica, come invece non sembra possibile fare in applicazione di una disciplina di carattere “orizzontale” qual è quella delineata dalla direttiva 93/13 (§ 5). Seguiranno alcune considerazioni relative alle conseguenze della declaratoria di nullità delle clausole che definiscono i termini dello scambio: dunque, le prestazioni essenziali che le parti si impegnano ad eseguire. Su questo terreno, si prospetta l'alternativa tra la nullità del contratto e la sua integrazione con una regola della quale occorre identificare la fonte. La Corte di Giustizia esclude che la clausola nulla possa essere modificata per via giudiziale, ammettendo solo la sua sostituzione con una regola di fonte legale: ciò che tuttavia - siccome lo scambio tra le prestazioni contrattuali è difficilmente conformato, nei suoi contenuti, da norme legali - implica inevitabilmente la necessità di adattare la regola ad una fattispecie diversa da quella in relazione alla quale è stata formulata (§ 6). Si concluderà il saggio analizzando due pronunce nel contesto delle quali si riscontrano affermazioni apparentemente incompatibili con le opinioni sostenute. Un'analisi più approfondita delle fattispecie che innescano il rinvio pregiudiziale induce a ritenere che i *dicta* della Corte di Giustizia non compromettano l'attendibilità della nostra ricostruzione (§ 7).

## 2. Il sindacato di abusività nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: la trasparenza in senso economico e sostanziale

Il sindacato di abusività gravita sui criteri della «chiarezza e comprensibilità» [*id est*, trasparenza], della «buona fede» e del «significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi

delle parti» (artt. 3; 4, par. 2; 5 dir. 93/13)<sup>19</sup>. Tre parametri con riferimento ai quali la tensione verso l'elaborazione di una nozione di diritto dell'Unione Europea – tale, dunque, da imporsi agli ordinamenti nazionali e ai loro interpreti – perviene a risultati alquanto diversi.

Quanto alla trasparenza, è appena il caso di ricordare che da circa un decennio viene intesa non solo come un attributo della clausola, ma anche come un requisito dell'informazione che precede e accompagna la conclusione del contratto di consumo; non è infatti sufficiente che la clausola sia comprensibile sotto il profilo grammaticale e formale, essendo invece necessario che le informazioni fornite al consumatore gli permettano di comprenderne le conseguenze economiche<sup>20</sup>.

Tale *standard* di trasparenza, declinato in senso economico e sostanziale, si impone al professionista in relazione a tutte le clausole da lui predisposte; le conseguenze del difetto di chiarezza e comprensibilità, tuttavia, variano in dipendenza delle loro caratteristiche.

Anche se chiara e comprensibile sotto il profilo economico e sostanziale, una clausola che non definisce l'oggetto principale del contratto né il rapporto tra prezzo e prestazione caratteristica può essere ritenuta abusiva. Si assume che il consumatore presti attenzione solo alle clausole che definiscono i beni o i servizi attesi e il corrispettivo dovuto in relazione ad essi, sicché in relazione a tutte le altre il controllo di abusività è giustificato benché siano chiare e comprensibili. Grazie al sindacato del giudice è possibile evitare che imprenditori scorretti e inefficienti offrano beni o servizi a condizioni economiche apparentemente convenienti, per poi approfittare dei vantaggi loro attribuiti dalle clausole che non suscitano l'attenzione dei consumatori in quanto non definiscono i termini dello scambio. Il sindacato di abusività, allora, permette di evitare una gara al ribasso che vedrebbe gli imprenditori competere sul prezzo dei beni e dei servizi offerti sul mercato e deteriorare progressivamente le condizioni contrattuali accessorie rispetto ai termini

<sup>19</sup> V., rispettivamente, artt. 33, comma 1; 34, comma 2; 35, comma 1 *Cod. cons.*

<sup>20</sup> Sulla base di spunti già presenti in *Invitel* [C. Giust. 26 aprile 2012, C-472/10, [doc. 12] punti 26-31] e *RWE Vertrieb* [C. Giust. 21 marzo 2013, C-92/11, [doc. 13] punti 44-53, in *Foro it.*, 2014, IV, 26, con nota redazionale di DE HIPPOLYTIS e PALMIERI], il requisito della trasparenza in senso economico e sostanziale viene compiutamente espresso in *Kasler* [C. Giust. 30 aprile 2014, C-26/13, [doc. 9] punti 71-75], per poi divenire un dato acquisito nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: v., tra le molte, C. Giust. 26 febbraio 2015, C-143/13, *Matei*, [doc. 14] punto 74, in *Contratti*, 2015, 753, con nota di PAGLIANTINI, *Contratto b2c*, cit. e C. Giust. 23 aprile 2015, C-96/14, *Van Hove*, [doc. 10] punto 41; C. Giust., ord. 9 luglio 2015, C-348/14, *Bucura*, [doc. 15] punto 54; C. Giust. 20 settembre 2017, C-186/16, *Andriciuc*, [doc. 16] punti 44 s.; C. Giust. 20 settembre 2018, C-51/17, *OTP Bank e OTP Factoring*, [doc. 17] punto 78; C. Giust. 5 giugno 2019, C-38/17, *GT-HS*, [doc. 18] punti 32 s., in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, I, 16, con nota di VALLETTA, *Finanziamenti in valuta estera: l'omessa indicazione del tasso di cambio nel contratto*; C. Giust. 3 ottobre 2019, C-621/17, *Kiss e CIB Bank*, [doc. 19] punto 37; C. Giust. 9 luglio 2020, C-452/18, *Ibercaja Banco SA*, [doc. 20] punto 45, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 253, con nota di CAMPAGNA, *Negoziò con effetti novativi e clausole abusive*; C. Giust. 18 novembre 2021, C-212/20, *M.P., B.P.*, [doc. 21] punti 49-55, in *Pactum*, 308, con nota di GATTI, *Limiti europei all'integrazione (e all'interpretazione) del contratto contenente clausole vessatorie: marginalizzazione o mutata centralità del giudice?*; C. Giust. 12 gennaio 2023, C-395/21, *D.V.-M.A.*, [doc. 5] punti 37 s.

dello scambio: una dinamica di questo tipo porterebbe all'emarginazione degli operatori economici che praticano prezzi meno vantaggiosi ma regolano in modo più equilibrato e favorevole per il consumatore altri aspetti del rapporto, mettendo a rischio la sopravvivenza di un mercato o di un suo settore rilevante<sup>21</sup>.

Siccome, invece, il consumatore presta attenzione alle caratteristiche dei beni e dei servizi che intende procurarsi concludendo il contratto e al corrispettivo dovuto in relazione ad essi, si è ritenuto opportuno sottrarre le clausole che li definiscono al controllo di abusività<sup>22</sup>. L'attenzione riservata dal consumatore ai termini dello scambio innesca una selezione naturale delle imprese più efficienti basata sul meccanismo della libera concorrenza; sovrapponendosi ad esso, il sindacato del giudice rischierebbe di alterare una spontanea, e normalmente efficiente, dinamica di mercato in base alla quale le caratteristiche di beni e servizi e il loro prezzo sono determinati dalle parti, che selezionano i rispettivi interlocutori sulla base di valutazioni di convenienza.

Perché le clausole che definiscono i termini dello scambio siano sottratte al controllo del giudice, per essere affidate a dinamiche di mercato, è tuttavia necessario che al momento della conclusione del contratto il consumatore fosse in grado di comprenderne le implicazioni economiche. Se dunque il professionista non ha osservato il requisito della trasparenza intesa in senso economico e sostanziale, anche le clausole che definiscono i termini dello scambio meritano di essere assoggettate al sindacato di abusività. Qualora questo non accadesse, gli imprenditori scorretti e inefficienti resterebbero sul mercato proprio in considerazione del fatto che non rappresentano in modo chiaro e comprensibile i beni o i servizi offerti e il corrispettivo preteso in relazione ad essi. Al verificarsi di queste condizioni, dunque, il controllo del giudice è orientato a salvaguardare quelle stesse istanze di tutela della concorrenza e del mercato che invece ne giustificano l'esclusione quando il requisito della trasparenza viene osservato.

Talvolta una clausola non trasparente è *ambigua*, in quanto ad essa possono essere attribuiti significati diversi<sup>23</sup>. Si impone, allora, l'interpretazione più favorevole al consu-

<sup>21</sup> Una prospettiva, questa, delineata da SCHILLIG, *Directive 93/13 and the "Price Term Exemption": a Comparative Analysis in the Light of the "Market for Lemons" Rationale*, 60 *International and Comparative Law Quarterly*, 933, 940-945 (2011) sulla base del noto studio di AKERLOF, *The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 *Quarterly Journal of Economics*, 488 (1970).

<sup>22</sup> È appena il caso di ricordare che nella proposta elaborata dalla Commissione europea all'inizio degli anni '90 non era previsto alcun limite al controllo giurisdizionale sulle clausole abusive. La norma oggi rinvenibile nell'art. 4, par. 2 della direttiva (art. 34, comma 2 *Cod. cons.*) è stata adottata per iniziativa del Consiglio, che ha condiviso i rilievi di BRANDNER e ULMER, *The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission*, 28 *Common Market Law Review*, 656 (1991). Per ulteriori indicazioni sulla genesi e sulla ragione della limitazione prevista dall'art. 4, par. 2, v., volendo, DELLACASA, *Il sindacato sui termini dello scambio nei contratti di consumo: nuovi scenari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 324 ss.; Id., *Judicial Review of "Core Terms" in Consumer Contracts: Defining the Limits*, in *European Review of Contract Law*, 2015, 158-163.

<sup>23</sup> Sulle nozioni di «ambiguità» e «vaghezza» v., nitidamente, BELVEDERE, voce *Linguaggio giuridico*, in *Dig. IV, disc. priv., sez. civ., XI*, Torino, 1994, 30.

matore (art. 5 dir. 93/13)<sup>24</sup>, che può portare a salvare la clausola dalla declaratoria di abusività in quanto le attribuisce un significato tale da escludere che il rapporto contrattuale sia squilibrato a danno dello stesso consumatore.

Più spesso accade, tuttavia, che la clausola non comprensibile dal consumatore nelle sue implicazioni economiche si presti ad una sola interpretazione – l'unica compatibile con il testo del contratto, magari irrigidito da definizioni e formule matematiche – o che all'opposto sia espressa in modo *vago*, sicché il suo significato, essendo indeterminato, accorda al professionista una certa dose di discrezionalità nella gestione del rapporto contrattuale. È da valutare, allora, se il difetto di trasparenza sia di per sé sufficiente a rendere la clausola abusiva o, invece, il giudice sia tenuto ad accertare anche la violazione del precetto di buona fede e la sussistenza di un significativo squilibrio a danno del consumatore<sup>25</sup>.

La Corte di Giustizia si orienta nella seconda direzione con particolare riferimento alle clausole che determinano l'oggetto del contratto e il rapporto tra prezzo e prestazione<sup>26</sup>, fermo restando che la direttiva non preclude agli stati di innalzare il livello di tutela del consumatore disponendo che le previsioni non chiare né trasparenti siano senz'altro abusive<sup>27</sup>. Su questo terreno, dunque, mentre il rispetto dello *standard* di trasparenza avrebbe precluso il sindacato del giudice, la sua violazione non permette di concludere nel senso dell'abusività della clausola, che presuppone una valutazione ulteriore, incentrata sul contenuto dell'accordo contrattuale<sup>28</sup>. Come vedremo, quando il sindacato del

<sup>24</sup> Cfr. art. 35, comma 2 *Cod. cons.*

<sup>25</sup> Nel contesto italiano, il tema è stato approfondito da AZZARRI, *Principio di trasparenza e prospettive rimediali: a proposito dei mutui (ai consumatori) e dei leasing (ai professionisti) indicizzati a una valuta straniera*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1225-1235, al quale si rinvia per l'accurata ricostruzione delle opinioni sostenute sul punto dalla dottrina di settore (1226, testo e nota 19). In sintonia con la tesi prevalente tra i commentatori del *Codice del consumo*, l'A. ritiene che il difetto di trasparenza sia di per sé sufficiente a giustificare la declaratoria di vessatorietà ed afferma che di recente la giurisprudenza della Corte di Giustizia sarebbe «divenuta...ancora più nitida» nell'assumere una posizione analoga (1226). Tale ricostruzione differisce da quella proposta in questa sede, quanto meno se la si riferisce alla giurisprudenza della Corte in termini generali, senza distinguere in base alla conformazione della clausola sottoposta al controllo di abusività.

<sup>26</sup> Sicché in questo ambito il difetto di trasparenza costituisce «presupposto sì necessario, ma non sufficiente, del sindacato di vessatorietà»: così PAGLIANTINI, *La trasparenza consumeristica tra "dottrina" della Corte ed equivoci interpretativi*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 658.

<sup>27</sup> C. Giust. 12 gennaio 2023, C-395/21, *D.V.-M.A.*, [doc. 5] punti 49-52.

<sup>28</sup> Cfr. C. Giust. 26 gennaio 2017, C-421/14, *Banco Primus*, [doc. 7] punto 64; C. Giust. 20 settembre 2017, C-186/16, *Andrić*, [doc. 16] punti 51, 56-58; C. Giust. 5 giugno 2019, C-38/17, *GT-HS*, [doc. 18] punti 36, 38-40; C. Giust. 10 giugno 2021, C-609/19, *Paribas Personal Finance SA*, [doc. 8] punti 57, 61-64; C. Giust. 3 ottobre 2019, C-621/17, *Kiss e CIB Bank*, [doc. 19] punti 49-51; C. Giust., ord. 17 novembre 2021, C-655/20, *Gómez del Moral Guasch*, [doc. 22] punti 36 s.; C. Giust. 18 novembre 2021, C-212/20, *M.P., B.P.*, [doc. 21] punto 58; C. Giust. 12 gennaio 2023, C-395/21, *D.V.-M.A.*, [doc. 5] punto 47.

Di recente, tuttavia, si è ritenuto che se il difetto di trasparenza imputabile al professionista integra gli estremi di una pratica commerciale sleale – come avviene quando una polizza *unit-linked*

giudice – reso possibile dal difetto di chiarezza e comprensibilità della clausola – verte sui termini dello scambio, il parametro del significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti appare recessivo, proprio in quanto le norme dispositive alle quali esso viene ancorato regolano, in genere, altri aspetti del rapporto contrattuale<sup>29</sup>.

Solo in relazione ad alcune fattispecie il difetto di trasparenza è sufficiente a giustificare una valutazione di abusività. Ci si riferisce alle clausole che autorizzano il professionista a «modificare unilateralmente le condizioni del contratto» (dir. 93/13, all., lett. j)<sup>30</sup>. In relazione ad esse, l'indagine sulla buona fede del professionista e sul significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti non avrebbe propriamente ad oggetto la clausola, ma l'assetto di interessi risultante dal modo in cui la stessa è stata attuata dallo stesso professionista; a poter essere valutato secondo buona fede e significativo squilibrio, in altri termini, è il regolamento contrattuale quale *consegue* all'esercizio dello *ius variandi* e non quale risulta definito dalla clausola che lo prevede. Ebbene, siccome la direttiva prevede un controllo di abusività delle condizioni contrattuali - e non una valutazione sulla correttezza e sull'equilibrio della condotta degli operatori economici nell'attuazione dei rapporti che intrattengono con i loro clienti - su questo terreno il sindacato giudiziale tende ad esaurirsi in una valutazione di trasparenza. Occorre, dunque, che le clausole attributive del diritto di modificare il regolamento contrattuale esponano in modo trasparente le ragioni e le modalità della variazione delle spese addebitate al consumatore, in modo tale da permettergli di prevedere l'incremento degli oneri posti a suo carico<sup>31</sup>; si precisa contestualmente che qualora tali informazioni non siano fornite al consumatore prima della conclusione del contratto, l'omissione non può essere sanata da una comunicazione effettuata nel corso del rapporto, ancorché sia avvenuta con ragionevole preavviso e abbia fatto riferimento al recesso "di autotutela" spettante al consumatore<sup>32</sup>.

Nel contesto italiano, opinioni dottrinali<sup>33</sup> e pronunce giurisprudenziali<sup>34</sup> dissentono dalla posizione della Corte di Giustizia, ritenendo che il difetto di trasparenza della

---

viene presentata al consumatore in modo tale da non permettergli di comprenderne la struttura e di valutare i rischi assunti con la sottoscrizione – il «diritto di chiedere l'annullamento del contratto» costituisce una sanzione «effettiva, proporzionata e dissuasiva» ai sensi della direttiva 2005/29: così C. Giust. 2 febbraio 2023, C-208/21, *Towarzystwo Ubezpieczeń Z S.A.*, [doc. 23] punti 88 s. In quest'ottica, assai diversa da quella assunta dall'interprete chiamato ad applicare la direttiva 93/13, un grave difetto di trasparenza può risultare sufficiente a giustificare la caducazione dell'intero contratto.

<sup>29</sup> V., *infra*, § 3.

<sup>30</sup> Cfr. art. 33, comma 2, lett. (m), (o) *Cod. cons.*

<sup>31</sup> Cfr. C. Giust. 26 aprile 2012, C-472/10, *Invitel*, [doc. 12] punti 26-31; C. Giust. 21 marzo 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb*, [doc. 13] punti 44-53.

<sup>32</sup> Cfr. C. Giust. 21 marzo 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb*, [doc. 13] punti 50, 51.

<sup>33</sup> V., *supra*, nt. 25.

<sup>34</sup> Con particolare riferimento alle clausole di indicizzazione contenute nei contratti di mutuo, il Collegio di coordinamento dell'Arbitro Bancario Finanziario ha ripetutamente ritenuto che

clausola sia sufficiente a giustificare la declaratoria di vessatorietà. Il consumatore non adeguatamente informato non potrebbe esprimere un valido consenso alla conclusione del contratto; d'altra parte, la scarsa trasparenza della clausola renderebbe difficile, per non dire impossibile, effettuare una valutazione sul contenuto della stessa, volta ad individuare la violazione del precetto di buona fede o la sussistenza di un significativo squilibrio a danno del consumatore.

Ebbene, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia si ricavano indicazioni che inducono a differenziare la risposta sulla base del difetto di trasparenza riscontrabile nel caso concreto. Ricordiamo che una clausola manca di «chiarezza e comprensibilità» non solo quando è formulata in modo vago od oscuro, ma anche quando pur essendo perspicua sul piano formale e grammaticale non è accompagnata dalla comunicazione di informazioni idonee a rendere consapevole il consumatore delle conseguenze che essa può produrre sui suoi interessi patrimoniali: la trasparenza, così intesa, non è un attributo delle condizioni contrattuali esprimenti la clausola, ma piuttosto delle informazioni fornite al consumatore prima della conclusione del contratto e contestualmente ad essa.

Se allora la clausola non è comprensibile dal consumatore nelle sue implicazioni economiche, ma è formulata in modo tale da esprimere una regola chiara e univoca – che determina il contenuto del rapporto contrattuale senza concedere al professionista un apprezzabile margine di discrezionalità – è certamente possibile e a nostro avviso opportuno che venga sottoposta ad un controllo di carattere contenutistico. Non si può escludere che la clausola, benché non accompagnata dalla comunicazione di informazioni che la rendono comprensibile al consumatore, sia adeguatamente compensata da altre previsioni favorevoli alle ragioni di quest'ultimo [risultando, così, conforme a buona fede] o che risulti in linea con l'assetto di interessi delineato dalla disciplina legale applicabile in assenza di essa [non potendosi così ravvisare una situazione di «significativo squilibrio» tra le posizioni delle parti]<sup>35</sup>.

La situazione è diversa quando la clausola, in quanto *vaga*, esprime una regola indeterminata, che accorda al professionista una considerevole discrezionalità nella gestione del rapporto intercorrente con il consumatore: si pensi all'addebito di spese e commissioni, o alla conversione della valuta nazionale in quella straniera, e viceversa, “al tasso di

---

il difetto di trasparenza fosse sufficiente ad avvalorare un giudizio di vessatorietà: cfr. Coll. Coord., 20 maggio 2015, n. 4135 [doc. 24]; Coll. Coord., 29 luglio 2015, n. 5866 [doc. 25] entrambe reperibili sul sito *internet* dell'ABF. Diversa la posizione recentemente assunta dalla Cassazione nel contesto di una pronuncia che riconosce all'accertamento del difetto di trasparenza compiuto dall'Autorità Garante per la Concorrenza e per il Mercato l'attitudine a porre una presunzione legale, suscettibile di prova contraria: essa si impone al giudice civile ponendo a suo carico l'onere di motivare una diversa opinione [Cass., 31 agosto 2021, n. 23655, [doc. 26] in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, I, 112, con nota di PISTELLI, *I prestiti in valuta fra contratto e concorrenza*]. In base alla motivazione, il difetto di chiarezza e comprensibilità – ricavabile in via presuntiva dal provvedimento dell'AGCC – può determinare la vessatorietà della clausola, ma solo se la stessa «determina[a] a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto».

<sup>35</sup> In relazione ad entrambi i criteri v., *infra*, § 3.

cambio praticato dalla banca” nei contratti di finanziamento. A ben vedere, predisponendo una clausola vaga il professionista scorretto tende ad assicurarsi un risultato analogo a quello che conseguirebbe mediante una previsione di *ius variandi*; ma senza le garanzie che la normativa consumeristica accorda al consumatore, tra le quali assume speciale rilevanza il diritto di recedere dal rapporto. Stante la vaghezza della clausola, anche in questa ipotesi un controllo sul contenuto della stessa non può essere effettuato, in quanto l’assetto degli interessi delle parti si presta ad essere valutato in termini di «buona fede» e «significativo squilibrio» solo alla luce del modo in cui il rapporto contrattuale è stato concretamente attuato.

Si ricorda nuovamente, allora, che la direttiva prevede un controllo sulle condizioni contrattuali e non sui comportamenti tenuti dai professionisti in attuazione delle stesse, essendo essa orientata non a reprimere le condotte scorrette degli operatori economici, ma, più specificamente, ad evitare l’inserimento di clausole abusive nei contratti di consumo. Ebbene, se la clausola non comprensibile in senso economico e sostanziale è *anche vaga*, così da permettere al professionista di gestire il rapporto contrattuale in senso sfavorevole al consumatore, il difetto di trasparenza è sufficiente ad affermarne l’abusività. Al verificarsi di queste condizioni, il contrasto con la buona fede è implicito nella stessa redazione della clausola, mentre il professionista non può eccepire il mancato accertamento del «significativo squilibrio» in quanto esso è dovuto all’indeterminatezza della previsione da lui stesso redatta.

Ora, nella giurisprudenza della Corte si delinea gradualmente una nozione di «trasparenza» autonoma dal diritto degli stati dell’Unione: tale, dunque, da potersi imporre con forza ai giudici nazionali. Si è già fatto cenno allo *standard* di trasparenza richiesto in relazione alle clausole di *ius variandi*. Per illustrare la tendenza verso una nozione sempre più dettagliata e analitica, ricordiamo alcuni dei criteri più significativi elaborati dalla Corte:

- (a) la condotta del professionista deve essere valutata in relazione al momento della conclusione del contratto, non potendo essergli addebitata l’omissione di informazioni apprese nel corso del rapporto come quelle relative all’evoluzione del tasso di cambio nei mutui indicizzati in valuta straniera<sup>36</sup>.
- (b) in un contratto di mutuo ipotecario, il consumatore deve essere posto in grado di calcolare agevolmente il tasso di interesse – dunque, di conoscere i dati su cui esso è fondato e il metodo di calcolo – e di avere informazioni sul suo andamento pregresso<sup>37</sup>. A maggior ragione, tali informazioni devono essere fornite al consumatore quando il contratto prevede che il tasso di interesse variabile non possa scendere al di sotto di una soglia minima (*floor*), per permettergli di valutare l’impatto che la clausola può

<sup>36</sup> C. Giust., ord. 9 luglio 2015, C-348/14, *Bucura*, [doc. 15] punto 48; C. Giust. 20 settembre 2017, C-186/16, *Andriuc*, [doc. 16] punti 53 s.; C. Giust. 9 luglio 2020, C-452/18, *Ibercaja Banco SA*, [doc. 20] punto 48; C. Giust. 18 novembre 2021, C-212/20, *M.P., B.P.*, [doc. 21] punto 52.

<sup>37</sup> C. Giust. 3 maggio 2020, C-125/18, *Gómez del Moral Guasch*, [doc. 44] punti 54, 56; C. Giust. 9 luglio 2020, C-452/18, *Ibercaja Banco SA*, [doc. 20] punti 53 s.

avere sull'ammontare del suo debito<sup>38</sup>. Non è tuttavia necessario che i dati siano inclusi nel contratto, se risulta che l'istituto di credito li ha altrimenti comunicati per ottemperare ad obblighi imposti dalla legislazione statale o se gli stessi sono facilmente accessibili in quanto pubblicati su documenti editi dallo stato<sup>39</sup>.

- (c) quando un contratto di finanziamento prevede delle spese, queste ultime devono essere indicate in modo chiaro e intellegibile, in modo tale che il consumatore sia in grado di ricostruire, nel complesso, la relazione tra i costi a lui addebitati e i servizi fruiti; non occorre che il contratto espliciti analiticamente il rapporto di corrispettività tra spese e servizi, purché il consumatore sia posto in grado di verificare la corrispondenza tra le prime e i secondi<sup>40</sup>. Se il contratto prevede una commissione di apertura del credito, la banca è tenuta a informare il consumatore in ordine al contenuto e alla funzione della clausola per permettergli di comprendere a che titolo la somma gli viene addebitata<sup>41</sup>.
- (d) è compatibile con il requisito della trasparenza una clausola, contenuta in un contratto di mutuo espresso in valuta straniera, che attribuisce alla banca la facoltà di indicare in un momento successivo alla stipulazione il tasso di cambio sulla base del quale il capitale erogato in valuta nazionale è destinato ad essere convertito<sup>42</sup>.
- (e) in un contratto di mutuo espresso in valuta straniera, l'istituto di credito deve fornire al consumatore informazioni specificamente inerenti al rischio di cambio, il requisito della trasparenza non essendo invece rispettato quando i dati comunicati al consumatore si basano sull'assunto in base al quale il rapporto tra la valuta nazionale e quella straniera è destinato a rimanere stabile per l'intera durata del rapporto<sup>43</sup>. La clausola di indicizzazione deve essere redatta in modo tale da permettere al consumatore di determinare autonomamente, «in qualsiasi momento», il tasso di cambio applicato dall'istituto di credito: se i dati non sono disponibili o il metodo di calcolo non è indicato, lo *standard* di trasparenza non può dirsi rispettato<sup>44</sup>. La dichiarazione, predisposta dall'istituto di credito e sottoscritta dal consumatore, con cui quest'ultimo afferma di essere consapevole del rischio di cambio non vale a dimostrare l'adeguatezza dell'informazione<sup>45</sup>.
- (f) in un contratto di prestazione d'opera intellettuale, l'indicazione del corrispettivo esigibile dal professionista per ogni ora di lavoro non è sufficiente ad assicurare il rispetto del requisito della trasparenza, perché in assenza della possibilità di preve-

<sup>38</sup> C. Giust. 9 luglio 2020, C-452/18, *Ibercaja Banco SA*, [doc. 20] punto 56.

<sup>39</sup> C. Giust., ord. 17 novembre 2021, C- 655/20, *Gómez del Moral Guasch*, [doc. 22] punto 34.

<sup>40</sup> C. Giust. 3 ottobre 2019, C-621/17, *Kiss e CIB Bank*, [doc. 19] punti 54, 56.

<sup>41</sup> C. Giust. 16 luglio 2020, C-224/19 e C-259/19, *Caixabank e Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, [doc. 27] punto 70.

<sup>42</sup> C. Giust. 5 giugno 2019, C-38/17, *GT-HS*, [doc. 18] punti 36, 45.

<sup>43</sup> C. Giust. 10 giugno 2021, causa C-609/19, *Paribas Personal Finance SA*, [doc. 8] punto 53.

<sup>44</sup> C. Giust. 18 novembre 2021, C-212/20, *M.P., B.P.*, [doc. 21] punti 53-55.

<sup>45</sup> C. Giust. 6 dicembre 2021, C-670/20, *Erste Bank Hungary*, [doc. 28] punti 32, 34.

dere, sia pure in modo approssimativo, l'impegno orario del professionista, il cliente non è in grado di valutare il costo che l'attuazione del contratto può comportare. È allora necessario che l'indicazione del corrispettivo orario sia accompagnata da altre informazioni, come quella relativa al numero minimo di ore necessarie per prestare il servizio<sup>46</sup>.

- (g) quando il consumatore rinuncia ad esigere la restituzione delle somme pagate sulla base di una clausola abusiva, sottoscrivendo una transazione predisposta dal professionista, la trasparenza impone che venga compiutamente informato sulle conseguenze giuridiche derivanti dalla rinuncia<sup>47</sup>.

### 3. *Segue. Il requisito della buona fede e il criterio del «significativo squilibrio»: dove governano i diritti nazionali*

Una lettura della direttiva aderente al dato letterale induce a ritenere che la violazione del «requisito della buona fede» e la sussistenza di un «significativo squilibrio» pregiudizievole per le ragioni del consumatore debbano essere accertate entrambe (art. 3, par. 1)<sup>48</sup>. La Corte di Giustizia adotta questa opinione, non senza aggiungere che le legislazioni nazionali possono subordinare la declaratoria di abusività all'accertamento di uno solo dei due requisiti – nella specie, quello del significativo squilibrio – in quanto il regime più favorevole al consumatore che ne risulta è compatibile con il disegno di armonizzazione minima perseguito dalla direttiva (art. 8)<sup>49</sup>.

Come ci apprestiamo a vedere, tuttavia, se sulla carta - vale a dire, nel dettato della direttiva - il contrasto con la buona fede e il significativo squilibrio governano entrambi il giudizio di abusività, nell'applicazione giurisprudenziale la rilevanza dei due criteri si differenzia in ragione delle caratteristiche della previsione sottoposta a controllo. Fermo restando che la Corte di Giustizia non svolge il sindacato di abusività, ma si limita ad indicare come devono essere interpretati i criteri che lo orientano, il peso specifico di «buona fede» e «significativo squilibrio» varia in considerazione della fisionomia della clausola.

È consolidato l'orientamento in base al quale per accertare la sussistenza di un *significativo squilibrio* il giudice è tenuto a fare riferimento alle regole del diritto statale che avrebbero disciplinato il rapporto tra le parti in assenza della clausola sottoposta al

<sup>46</sup> C. Giust. 12 gennaio 2023, C-395/21, *D.V.-M.A.*, [doc. 5] punti 40-45.

<sup>47</sup> C. Giust. 9 luglio 2020, C-452/18, *Ibercaja Banco SA*, [doc. 20] punti 74, 77.

<sup>48</sup> Cfr. art. 33, comma 1 *Cod. Cons.* La complessa vicenda che nel giugno 2015 ha finalmente indotto il legislatore europeo a rettificare la versione italiana dell'art. 3, par. 1 dir. 93/13 sostituendo il ben noto «malgrado la buona fede» – tuttora campeggiante nel testo dell'art. 33, comma 1 *Cod. cons.* – con l'espressione «in contrasto con il requisito della buona fede», è ricostruita da E. FERRANTE, *Alcune considerazioni «malgrado» o «contro» la buona fede dopo la rettifica della dir. Ce 13/93*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 541.

<sup>49</sup> C. Giust. 13 ottobre 2022, C-405/21, *Nova Kreditna Banka Maribor*, [doc. 29] punti 34-37.

suo sindacato<sup>50</sup>. L'impatto di quest'ultima sulla situazione giuridica del consumatore può consistere nell'elisione o nella limitazione di diritti che altrimenti gli sarebbero spettati, nell'apposizione di ostacoli all'esercizio dei medesimi o nell'imposizione di ulteriori obblighi<sup>51</sup>. Solo sulla base del confronto con il diritto nazionale, dunque, il giudice può valutare se la clausola deteriora in misura significativa la posizione del consumatore.

Come risulta dalla motivazione di *Aziz* [doc. 30], che inaugura tale orientamento, la Corte di Giustizia recepisce sul punto un'indicazione espressa dall'avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni<sup>52</sup>. Il suggerimento ha una valenza non solo tecnica e giuridica, ma anche culturale e politica. In relazione al primo aspetto, esso riflette l'impostazione adottata dal legislatore tedesco in sede di recezione della direttiva, proiettandola sullo scenario europeo: ci si riferisce in particolare al § 307(3) BGB, in base al quale le clausole ordinariamente assoggettate a controllo giudiziale sono quelle che derogano o integrano disposizioni di legge, e al già ricordato §306(2), che prevede la sostituzione delle clausole abusive con le medesime disposizioni. Nella prospettiva del legislatore tedesco, come è evidente, il controllo sul contenuto delle clausole abusive assume ad essenziale punto di riferimento la legislazione nazionale. Quanto ai profili di politica del diritto, è appena il caso di osservare che la scelta di ancorare il controllo di abusività alla legislazione nazionale può avere esiti diversi in dipendenza del grado di evoluzione della stessa, con particolare riferimento al settore consumeristico. Se la fiducia nello *standard* di tutela adottato dal legislatore nazionale è probabilmente giustificata in quanto riferita alla normativa tedesca - che vanta in questo ambito una solida tradizione - potrebbe non essere altrettanto ben riposta in relazione alla legislazione di altri stati europei.

<sup>50</sup> C. Giust. 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz*, [doc. 30] punto 68; C. Giust. 14 novembre 2013, C-537/12 e C-116/13, *Banco Popular Español*, [doc. 35] punto 65, entrambe in *Foro it.*, 2014, IV, 1, 5, con nota redazionale di DE HIPPOLYTIS e PALMIERI; C. Giust. 6 gennaio 2014, C-226/12, *Constructora Principado*, [doc. 31] punti 22 s.; C. Giust. 26 gennaio 2017, C-421/14, *Banco Primus*, [doc. 7] punto 59; C. Giust. 3 ottobre 2019, C-621/17, *Kiss e CIB Bank*, [doc. 19] punto 51; C. Giust. 27 gennaio 2021, *Dexia Nederland*, C-229/19 e C-289/19, [doc. 32] punti 48 s.; C. Giust. 18 novembre 2021, C-212/20, *M.P., B.P.*, [doc. 21] punto 66; C. Giust. 13 ottobre 2022, C-405/21, *Nova Kreditna Banka Maribor*, [doc. 29] punto 22.

<sup>51</sup> L'esemplificazione si legge nella motivazione di C. Giust. 6 gennaio 2014, C-226/12, *Constructora Principado*, [doc. 31] punto 23, per essere poi ripresa da C. Giust. 3 ottobre 2019, C-621/17, *Kiss e CIB Bank*, [doc. 19] punto 51; C. Giust., 27 gennaio 2021, C-229/19 e C-289/19, *Dexia Nederland*, [doc. 32] punto 49; C. Giust. 18 novembre 2021, C-212/20, *M.P., B.P.*, [doc. 21] punto 66.

<sup>52</sup> Così si legge, infatti, al punto 71 delle *Conclusioni dell'avvocato generale Kokott* [8 novembre 2012] [doc. 33]: «Non è possibile valutare se una clausola determini un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto a danno del consumatore senza operare un confronto con la situazione giuridica prevista dal diritto nazionale nel caso in cui le parti stesse non abbiano convenuto una disciplina contrattuale. Solo qualora il consumatore sia posto in una situazione peggiore dalla clausola contrattuale rispetto alla disciplina normativa, tale clausola provoca senz'altro uno spostamento dei diritti e degli obblighi discendenti dal contratto a danno del consumatore che potrebbe avere natura abusiva».

La Corte di Giustizia, evidentemente, ritiene di non poter promuovere l'elaborazione di una nozione autonoma di «significativo squilibrio», fondata sull'interpretazione evolutiva della clausola generale<sup>53</sup>: adottiamo qui l'espressione nel suo significato specifico di frammento di disposizione che rinvia a valori destinati ad essere concretizzati dal giudice nell'elaborazione della regola applicabile alla fattispecie concreta<sup>54</sup>. Il compito non sarebbe semplice, ma a nostro avviso nemmeno proibitivo, se si considera che la stessa elaborazione giurisprudenziale della Corte identifica i valori che la clausola del «significativo squilibrio» si candida a rappresentare nel contesto del giudizio di abusività: da un lato la tutela del consumatore quale parte debole del rapporto contrattuale; dall'altro, il rispetto dell'autonomia dei professionisti e degli stessi consumatori, quale si esprime nel contesto di un'operazione economica che richiede una valutazione organica (art. 4, par. 1 dir. 93/13)<sup>55</sup> e si inserisce in una dinamica di mercato (art. 4, par. 2 dir. 93/13)<sup>56</sup>.

Essendo stata invece intrapresa la via del confronto con il diritto nazionale, le regole sulla base delle quali esso è destinato a svolgersi si rinvencono in primo luogo in fonti di carattere legislativo: ci si riferisce non solo alla disciplina dei contratti tipici, ma anche e soprattutto a quella di parte generale. Siccome, poi, la giurisprudenza degli stati dell'Unione viene a svolgere, su questo terreno, un'attività creativa di norme, il controllo sul contenuto della clausola può essere condotto anche alla luce di regole di fonte giurisprudenziale<sup>57</sup>.

D'altra parte, la scelta di ancorare al diritto nazionale la valutazione del «significativo squilibrio» ne impedisce un'elaborazione autonoma. Se dunque, come abbiamo appena constatato, esiste uno *standard* europeo di «trasparenza», ad analoghe conclusioni non si può pervenire in relazione al parametro del significativo squilibrio<sup>58</sup>. L'armonizzazione della disciplina delle clausole abusive – ormai avanzata in relazione alle informazioni che il professionista è tenuto a fornire al consumatore prima della conclusione del contratto – risulta, dunque, assai più debole e arretrata in relazione al controllo sul contenuto della clausola. La protezione accordata al consumatore, infatti, dipende almeno in parte dal trattamento che gli riserva la legislazione nazionale: ad un basso *standard*

<sup>53</sup> In relazione a *questo specifico aspetto*, la giurisprudenza della Corte non sembra essere approdata a risultati significativamente diversi da quelli descritti in un volume non più recente: v., volendo, DELLACASA, *Sulle definizioni legislative nel diritto privato. Fra codice e nuove leggi civili*, Torino, 2004, 402-405.

<sup>54</sup> Resta fondamentale, sul punto, il contributo di BELVEDERE, *Le clausole generali tra interpretazione e produzione di norme*, in *Pol. dir.*, 1988, 631, ora in *Scritti giuridici*, I, Kluwer-Cedam, 2016, 423.

<sup>55</sup> Cfr. art. 34, comma 1 *Cod. cons.*

<sup>56</sup> Cfr. art. 34, comma 2 *Cod. cons.*

<sup>57</sup> Come quella elaborata dal Tribunal Supremo spagnolo presa in considerazione dalla Corte di Giustizia in *Banco Santander*, cit., [doc. 34] *infra*, nt. 61.

<sup>58</sup> Per una valutazione critica della posizione di sostanziale «rinuncia al controllo contenutistico» assunta dalla Corte di Giustizia, si rinvia alle persuasive considerazioni di E. FERRANTE, *Alcune considerazioni*, cit., 559-565.

di tutela corrisponde una maggior dose di tolleranza nei confronti della clausola, mentre quando il diritto statale offre una protezione più elevata il sindacato di abusività diviene più severo.

Il rinvio alla disciplina nazionale applicabile in assenza della clausola ha un'implicazione ulteriore. Raramente le norme dispositive definiscono la fisionomia dei beni e dei servizi dovuti in base al contratto o determinano la misura del corrispettivo<sup>59</sup>: più di frequente, esse disciplinano aspetti dell'operazione economica che pur interferendo in modo significativo con l'assetto dello scambio si collocano al di fuori del nucleo costituito dalla prestazione caratteristica e dal corrispettivo pecuniario. Per questa ragione il criterio del «significativo squilibrio» ha un ruolo affatto marginale quando la Corte di Giustizia viene interpellata in relazione a clausole che determinano l'oggetto principale del contratto o il rapporto tra prezzo e prestazione caratteristica; mentre svolge una funzione rilevante, quale criterio di collegamento tra diritto europeo e ordinamenti nazionali, in relazione alle clausole che si collocano all'esterno del nucleo solido del rapporto di scambio.

Ebbene, allo stato attuale della giurisprudenza della Corte le fattispecie in relazione alle quali il requisito del significativo squilibrio – vale a dire, il confronto con il diritto dispositivo nazionale – svolge un ruolo rilevante, interessano:

- (a) le clausole che determinano la misura degli interessi moratori; in relazione ad esse, si suggerisce al giudice nazionale di effettuare un confronto con il tasso di interesse legale adottato nel diritto interno<sup>60</sup> e si ritiene compatibile con il dettato della direttiva una regola di creazione giurisprudenziale in base alla quale devono ritenersi abusivi gli interessi di mora il cui tasso supera di più del 2% quello degli interessi corrispettivi<sup>61</sup>.
- (b) le clausole risolutive espresse rinvenibili nei contratti di finanziamento; su questo terreno, i criteri utili a identificare la sussistenza di un significativo squilibrio vengono ravvisati nella rilevanza dell'obbligazione interessata dall'inadempimento, nella sufficiente gravità dello stesso, nella deroga più o meno accentuata alle «norme [nazionali] applicabili in materia» e nella disponibilità di rimedi che permettano al consumatore di tutelare i propri interessi a fronte della risoluzione anticipata del contratto e della conseguente obbligazione di restituire immediatamente l'intero capitale<sup>62</sup>.

<sup>59</sup> V., sul punto, D'AMICO, *Giustizia contrattuale e contratti asimmetrici*, in *Eur. dir. priv.*, 2019, 6 s.

<sup>60</sup> Cfr. C. Giust. 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz*, [doc. 30] punto 74.

<sup>61</sup> Cfr. C. Giust. 7 agosto 2018, C-96/16 e C-94/17, *Banco Santander*, [doc. 34] punti 58-61 e 69-71.

<sup>62</sup> Cfr. C. Giust. 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz*, [doc. 34] punto 73; C. Giust. 14 novembre 2013, C-537/12 e C-116/13, *Banco Popular Español*, [doc. 35] punto 71; C. Giust. 26 gennaio 2017, C-421/14, *Banco Primus*, [doc. 7] punti 66 s.; C. Giust. 8 dicembre 2022, C-600/21, *Caisse régionale de Crédit mutuel*, [doc. 36] punto 29. Nel contesto dell'ultima sentenza citata la Corte di Giustizia, interpellata in ordine all'interpretazione del dispositivo di *Banco Primus*, [doc. 7] chiarisce che l'elencazione dei criteri indicati nel testo non deve ritenersi cumulativa né disgiuntiva, ma solo esemplificativa:

A voler ricondurre tali criteri alle coordinate del diritto italiano, la Corte suggerisce di confrontare la clausola risolutiva espressa con il parametro della «non...scarsa importanza» dell'inadempimento (art. 1455 c.c.), nelle sue diverse articolazioni, e di valutare i rimedi mediante i quali il consumatore può reagire alla condotta abusiva tenuta dal professionista [non nella redazione, ma] nell'attivazione della clausola: il controllo di abusività sembra potere essere tanto meno stringente quanto più incisiva è la protezione accordata al consumatore nell'attuazione del rapporto.

- (c) le clausole predisposte dagli istituti di credito che addebitano al consumatore una variegata serie di oneri, non sempre chiaramente riconducibili ai servizi erogati, quali spese di gestione del rapporto di finanziamento, commissioni di esborso, commissioni di apertura di credito, oneri tributari. Su questo terreno l'incidenza del diritto nazionale sull'accertamento del «significativo squilibrio» è potenzialmente superiore, in quanto l'esito del controllo di abusività dipende dal fatto che l'addebito disposto dalla clausola sia tollerato o censurato dalla disciplina di settore.

Così, siccome l'ordinamento ungherese ammette che gli istituti di credito possano addebitare ai clienti spese di gestione del rapporto e commissioni di esborso, le clausole che le prevedono «non incidono sfavorevolmente sulla situazione giuridica del consumatore», a meno che non risulti dimostrato che le spese sono sproporzionate rispetto ai servizi forniti o che gli stessi sono addirittura inesistenti<sup>63</sup>. Posto che invece nell'ordinamento spagnolo «le commissioni e le spese trasferite sul cliente devono corrispondere a servizi effettivamente forniti o a costi sostenuti», la clausola che le prevede deve ritenersi abusiva qualora l'istituto di credito non dimostri che agli oneri addebitati al cliente corrispondono servizi effettivamente prestati o costi effettivamente sostenuti<sup>64</sup>. Una soluzione analoga trova giustificazione nella disciplina polacca del contratto di credito al consumo: dato che in base al diritto nazionale i costi fissi sostenuti dal finanziatore sono inclusi nel costo totale del credito, la clausola che li addebita separatamente al consumatore può ritenersi squilibrata, dunque abusiva<sup>65</sup>. Se è vero che il tenore delle motivazioni non esclude la convergenza delle soluzioni adottate – essendo la clausola da ritenersi abusiva quando risulta dimostrato che agli oneri imputati al consumatore non corrisponde alcun servizio – è anche vero che le differenze intercorrenti tra gli ordinamenti degli stati dell'Unione inducono la Corte ad affrontare questioni analoghe da angolazioni diverse.

---

il giudice nazionale, in altri termini, può ritenere abusiva la clausola risolutiva espressa anche se non tutti i criteri sono soddisfatti e valorizzare altri indici che denotano un regolamento di interessi significativamente squilibrato a danno del consumatore (punto 35).

<sup>63</sup> C. Giust. 3 ottobre 2019, C-621/17, *Kiss e CIB Bank*, [doc. 19] punti 55 s.

<sup>64</sup> C. Giust. 16 luglio 2020, C-224/19 e C-259/19, *Caixabank e Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, [doc. 27] punti 78 s.

<sup>65</sup> C. Giust. 3 settembre 2020, C-84/19, C-222/19 e C-252/19, *Profi Credit Polska*, [doc. 37] punti 94, 95, 97.

Quanto al requisito della *buona fede*, la Corte – sempre ispirata dalle conclusioni dell’avvocato generale Kokott in *Aziz*<sup>66</sup> – lo traduce in un criterio che se inteso alla lettera implica un giudizio ipotetico, in quanto si fonda su due assunti non riscontrabili nella fattispecie concreta. Il giudice nazionale è invitato a modellare la propria valutazione sulle aspettative che un professionista corretto e ragionevole avrebbe nel contesto di una negoziazione individuale intercorrente con il consumatore: la clausola, infatti, è conforme a buona fede «se il professionista, qualora avesse trattato in modo leale ed equo con il consumatore, avrebbe potuto ragionevolmente aspettarsi che quest’ultimo aderisse» ad essa nel contesto di un «negoziato individuale»<sup>67</sup>.

Ora, se quest’ultimo presupposto è evidentemente incompatibile con la stessa applicabilità della direttiva (art. 3, par. 1)<sup>68</sup>, spesso neppure un comportamento «leale ed equo» del professionista è riscontrabile nel caso di specie: quando la clausola verte sull’oggetto principale del contratto o sul rapporto tra prezzo e prestazione, il sindacato giudiziale implica anzi che il professionista abbia operato scorrettamente, violando lo *standard* di trasparenza (art. 4, par. 2)<sup>69</sup>. È chiaro, dunque, che il criterio adottato dalla Corte, in quanto incentrato su circostanze diverse da quelle riscontrabili nella fattispecie, richiede a sua volta di essere riformulato: non si può realisticamente pretendere dal giudice incaricato del controllo di abusività di identificare le ragionevoli aspettative di un professionista che opera in un contesto diverso da quello dei fatti di causa [trattativa individuale] e tiene una condotta diversa da quella reale [comportamento leale ed equo].

Per far sì che il criterio non sia privato di ogni plausibile utilità, sembra allora necessario declinarlo in termini oggettivi. Va in primo luogo ricordato che la condotta del professionista deve essere valutata con riferimento alle informazioni di cui dispone al momento della conclusione del contratto, sicché fatti sopravvenuti e imprevedibili, ancorché pregiudizievoli per gli interessi economici del consumatore, non incidono sulla valutazione di abusività<sup>70</sup>. Il requisito della buona fede, inoltre, è rispettato se il rischio – che, pure, il consumatore ha assunto sulla base di un’informazione incompleta [es.

<sup>66</sup> Nel contesto delle quali si legge, al punto 74, che «uno squilibrio significativo dovrà essere considerato ingiustificato ...quando si verifica una tale compressione dei diritti e degli obblighi del consumatore per cui il redattore delle clausole contrattuali non può supporre in buona fede che il consumatore avrebbe aderito ad una siffatta regolamentazione nell’ambito di negoziati individuali».

<sup>67</sup> Cfr. C. Giust. 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz*, [doc. 30] punto 69; C. Giust. 14 novembre 2013, C-537/12 e C-116/13, *Banco Popular Español*, [doc. 35] punto 66; C. Giust. 26 gennaio 2017, C-421/14, *Banco Primus*, [doc. 7] punto 60; C. Giust. 3 ottobre 2019, C-621/17, *Kiss e CIB Bank*, [doc. 19] punto 50; C. Giust. 16 luglio 2020, C-224/19 e C-259/19, *Caixabank e Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, [doc. 27] punto 74; C. Giust. 10 giugno 2021, causa C-609/19, *Paribas Personal Finance SA*, [doc. 8] punto 70; C. Giust. 13 ottobre 2022, C-405/21, *Nova Kreditna Banka Maribor*, [doc. 29] punto 23; C. Giust. 8 dicembre 2022, C-600/21, *Caisse régionale de Crédit mutuel*, [doc. 36] punto 50.

<sup>68</sup> Cfr. art. 34, comma 4 *Cod. cons.*

<sup>69</sup> Art. 34, comma 2 *Cod. cons.*

<sup>70</sup> V., *supra*, nt. 36 e testo corrispondente.

rischio di cambio] – è effettivamente neutralizzato dal vantaggio accordatogli da altre clausole dello stesso contratto o di contratti ad esso collegati [es. interessi corrispettivi inferiori a quelli generalmente previsti nei finanziamenti espressi in valuta nazionale]. Qualora, infatti, il rischio assunto dal consumatore sia stato effettivamente neutralizzato da altre clausole favorevoli ai suoi interessi, la nullità verrebbe invocata opportunisticamente; è quanto avverrebbe nel caso in cui pur essendo le conseguenze dell'assunzione del rischio di cambio limitate – e in ogni caso, integralmente compensate dal più vantaggioso tasso di interesse – il consumatore che abbia concluso un mutuo espresso in valuta straniera invocasse la nullità della relativa clausola. In questa configurazione, il giudizio di buona fede è orientato non tanto a sanzionare la scorrettezza del professionista, quanto a precludere al consumatore di invocare opportunisticamente la tutela accordatagli dalla direttiva.

Il requisito della buona fede, così inteso, ha un ruolo particolarmente rilevante quando il giudizio di abusività verte su una clausola che determina l'oggetto del contratto o il rapporto tra prezzo e prestazione (art. 4, par. 2 dir. 93/13)<sup>71</sup>. Su questo terreno, è raro che le norme dispositive rinvenibili negli ordinamenti nazionali offrano ai rispettivi giudici un utile termine di confronto; siccome non definiscono i termini dello scambio, nell'economia del giudizio il criterio del significativo squilibrio, che rinvia ad esse, viene a svolgere una funzione puramente esornativa. Assume allora rilevanza preponderante il confronto tra la clausola sospetta ed altri aspetti del regolamento contrattuale, favorevoli agli interessi del consumatore. Ci si riferisce in particolare al contenzioso relativo ai mutui espressi in valuta straniera, nel contesto dei quali il giudice nazionale viene invitato a valutare se le clausole di indicizzazione, che pongono il rischio di cambio a carico del consumatore, siano efficacemente compensate dalla differenza tra il tasso di interesse pattuito e quello mediamente praticato nei mutui espressi in valuta nazionale<sup>72</sup>.

#### **4. Quando l'abusività della clausola non mette in discussione la permanenza del contratto: è ipotizzabile una nullità senza integrazione?**

Venendo, ora, allo scenario conseguente all'accertamento dell'abusività, prendiamo in considerazione la situazione più semplice: quella in cui la nullità non può estendersi all'intero contratto, perché la clausola non definisce un aspetto essenziale dell'operazione economica. Essa non verte dunque sull'oggetto principale del contratto né sul rapporto tra i beni o i servizi forniti dal professionista e il corrispettivo dovuto dal consumatore: esemplificando, è il caso delle clausole che determinano la misura degli interessi morato-

<sup>71</sup> Cfr. C. Giust. 20 settembre 2017, C-186/16, *Andriciuc*, [doc. 16] punti 55-58; C. Giust. 10 giugno 2021, C-609/19, *Paribas Personal Finance SA*, [doc. 8] punti 69-71.

<sup>72</sup> Cfr. C. Giust. 10 giugno 2021, C-609/19, *Paribas Personal Finance SA*, [doc. 8] punto 69; C. Giust. 10 giugno 2021, cause riunite da C-776/19 a C-782/19, *Paribas Personal Finance SA*, [doc. 38] punto 101.

ri, delle penali, delle clausole dei contratti di mutuo che prevedono una soglia minima al di sotto della quale il tasso di interesse variabile non può scendere (*floor*), delle clausole risolutive espresse e, ancora, delle previsioni che addebitano al consumatore una serie variegata di oneri nei contratti di finanziamento.

Nelle pronunce della Corte di Giustizia ricorrono affermazioni in base alle quali il giudice nazionale è tenuto ad «escludere l'applicazione» della clausola abusiva per impedire che «produca effetti vincolanti nei confronti del consumatore», non essendo invece legittimato a «rivedere il contenuto della clausola stessa». Il contratto predisposto dal professionista permane dunque valido ed efficace «senz'alcuna modifica se non quella risultante dalla soppressione della clausola», a meno che in base alle norme del diritto interno non possa sussistere in assenza di essa<sup>73</sup>. La clausola abusiva, in altri termini, «deve essere considerata...come se non fosse mai esistita», sicché il consumatore viene ricollocato «nella situazione di diritto e di fatto in cui si sarebbe trovato in mancanza di essa»<sup>74</sup>. All'accertamento dell'abusività consegue, dunque, la «soppressione della clausola»<sup>75</sup>, che è come dire la rimozione integrale dei suoi effetti dal regolamento contrattuale.<sup>76</sup>

Si argomenta, infatti, che se la clausola potesse essere ricondotta dal giudice al di sotto della soglia dell'abusività mediante una revisione del suo contenuto, ovvero dichiarata inefficace solo in relazione agli aspetti che la rendono abusiva, l'effetto deterrente della direttiva verrebbe compromesso. Come risulta chiaramente dal dettato dell'art. 7, par. 1, la finalità perseguita dal legislatore europeo è quella di dissuadere i professionisti dall'adozione di condizioni generali di contratto contenenti clausole abusive: se allora queste ultime non venissero eliminate – ma modificate dal giudice, o depurate degli aspetti che le rendono abusive – i professionisti non sarebbero indotti a rimuoverle, confidando nel fatto che permanendo nel regolamento contrattuale, sia pure modificate dal

<sup>73</sup> In questi termini la motivazione di C. Giust. 7 agosto 2018, C-96/16 e C-94/17, *Banco Santander*, [doc. 34] punto 73.

<sup>74</sup> Così C. Giust. 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Gutierrez Naranjo*, [doc. 39] punto 61, in *Contratti*, 2017, 11, con nota di PAGLIANTINI, *La non vincolatività (delle clausole abusive) e l'interpretazione autentica della Corte di Giustizia*. Per un ulteriore commento, cfr. MORLANDO, *Gli effetti della dichiarazione giudiziale di abusività*, in *Giur. it.*, 2018, 29.

<sup>75</sup> L'espressione si riscontra in C. Giust. 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*, [doc. 40] punto 65, in *Contratti*, 2013, 16, con nota di D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*.

<sup>76</sup> Neppure si ammette che i giudici nazionali possano avvalorare un recupero gli effetti della clausola limitando nel tempo le conseguenze della declaratoria di abusività: viene infatti ritenuta incompatibile con il testo della direttiva la soluzione escogitata dal *Tribunal Supremo* spagnolo in base alla quale - stante la nullità della clausola *floor* apposta ai contratti di mutuo a tasso variabile - i consumatori sarebbero stati legittimati ad ottenere la restituzione delle somme pagate indebitamente solo a seguito della pubblicazione della sentenza che aveva accertato giudizialmente l'abusività della clausola. C. Giust. 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Gutierrez Naranjo*, [doc. 39] punti 70-75.

giudice o ridotte nella loro efficacia, esse possano produrre effetti non sfavorevoli ai loro interessi<sup>77</sup>.

Non a caso, nelle prime occasioni in cui tale posizione viene sostenuta la Corte ribadisce contestualmente che il giudice è tenuto a rilevare d'ufficio l'abusività delle clausole contenute nei contratti di consumo, sempre in considerazione dell'esigenza di garantire alla direttiva un'adeguata efficacia deterrente, altrimenti pregiudicata dai fattori che rendono il consumatore riluttante ad esercitare i suoi diritti in sede processuale<sup>78</sup>. Senonché, la Corte appare focalizzata non tanto sul processo, quanto sulle contrattazioni che avvengono quotidianamente tra professionisti e consumatori. In quest'ottica, è probabile che i professionisti inclini ad avvalersi di clausole abusive confidino nel fatto che sovente i consumatori non faranno valere nei loro confronti alcun rimedio legale, sicché nelle situazioni in cui, invece, il sindacato giudiziale viene attivato, è ragionevole e opportuno che la direttiva "recuperi" efficacia deterrente grazie all'integrale rimozione della clausola dal regolamento contrattuale.

In definitiva, limitando l'attenzione al contratto su cui verte la controversia la revisione giudiziale della clausola o la conservazione della stessa "depurata" dalle componenti abusive può astrattamente offrire un assetto equilibrato al rapporto intercorrente tra le parti<sup>79</sup>. La soluzione, tuttavia, comprometterebbe l'obiettivo perseguito dal legislatore europeo: quello di incidere sul *modus operandi* degli imprenditori dell'Unione inducendoli ad interrompere l'adozione di condizioni generali di contratto includenti clausole abusive.

Ebbene, la Corte ritiene incompatibile con il testo e la finalità della direttiva la conservazione della clausola modificata nei suoi contenuti o purgata delle componenti abusive; ammette invece che a seguito della «soppressione» della clausola la regola convenzionale sia sostituita da una norma di fonte legale, rinvenibile nel diritto nazionale. Ad incontrare la ferma opposizione della Corte, in altri termini, è la riduzione conservativa della clausola abusiva; non la sua sostituzione con le norme dispersive, applicabili negli ordinamenti nazionali in assenza di una deroga convenzionale.

<sup>77</sup> Cfr. C. Giust. 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Credito*, [doc. 40] punto 69; C. Giust. 30 maggio 2013, C-488/11, *Asbeek Brusse*, [doc. 41] punto 58, in *Foro it.*, 2014, IV, 20, con nota redazionale di DE HIPPOLYTIS e PALMIERI; C. Giust. 30 aprile 2014, C-26/13, *Kasler*, [doc. 9] punto 79; Corte Giust. 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria*, [doc. 42] punto 54, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 424, con nota di IULIANI, *L'abusività delle clausole di risoluzione anticipata nel quadro dell'armonizzazione giudiziale del diritto europeo*; C. Giust. 7 novembre 2019, cause riunite da C-349/18 a C-351/18, *Kanyeba*, [doc. 43] punto 69; C. Giust. 3 maggio 2020, C-125/18, *Gómez del Moral Guasch*, [doc. 44] punto 60; C. Giust. 29 aprile 2021, C-19/20, *Bank BPH*, [doc. 2] punti 67 s.; C. Giust. 8 settembre 2022, C-80-82/21, *D.B.P.*, [doc. 4] punto 60.

<sup>78</sup> Cfr. C. Giust. 14 giugno 2012, causa C-618/10, *Banco Español de Credito*, [doc. 40] punti 42, 43, 60; C. Giust. 30 maggio 2013, C-488/11, *Asbeek Brusse*, [doc. 41] punti 51, 53.

<sup>79</sup> È questa, infatti, la proposta di D'AMICO, *L'integrazione (cogente)*, cit., 228-230.

Non sempre l'indirizzo qui sintetizzato viene espresso in modo limpido, come dimostra il fatto che in dottrina sono state proposte ricostruzioni diverse<sup>80</sup>: talvolta il lessico della Corte e dei suoi traduttori non è del tutto chiaro e preciso. Se tuttavia si legge il testo delle motivazioni in stretta connessione con l'oggetto delle questioni pregiudiziali, si è portati a concludere che la Corte è contraria alla riduzione conservativa delle clausole abusive senza tuttavia avversare la loro sostituzione con regole di fonte legale<sup>81</sup>.

In *Banco Español* [doc. 40], si ritiene incompatibile con la disciplina della direttiva la norma nazionale spagnola che permette al giudice di integrare il regolamento contrattuale «rivedendo il contenuto» della clausola abusiva<sup>82</sup>. Nella controversia che suscita il rinvio pregiudiziale, la clausola impugnata dal consumatore prevede il pagamento di *interessi moratori* il cui tasso supera di quasi venti punti quello legale. La Corte di Giustizia afferma che la riduzione del tasso di interesse al di sotto della soglia dell'abusività permessa dalla normativa nazionale spagnola contrasta con la direttiva, in quanto ne compromette l'efficacia deterrente; non esclude, tuttavia, che la previsione convenzionale degli interessi moratori abusivi possa essere sostituita da una regola di fonte legale, quale sarebbe, nel diritto italiano, quella che prevede la decorrenza degli interessi al tasso convenzionalmente pattuito prima della mora, qualora superiore a quello legale (art. 1224, comma 1 c.c.).

È questa, effettivamente, la direzione verso la quale si orientano i giudici spagnoli. Anche in considerazione della notevole differenza intercorrente, nella prassi dei contratti di finanziamento, tra il tasso degli interessi moratori e quello degli interessi corrispettivi, qualora i primi vengano dichiarati abusivi le conseguenze della mora sono regolate dai secondi. La soluzione, questa volta, viene ritenuta compatibile con il testo e la finalità della direttiva: in *Banco Santander* [doc. 34], infatti, la Corte di Giustizia afferma che mentre al giudice nazionale non è permesso modellare gli effetti della clausola [nella specie, relativa agli interessi moratori] per riportarla al di sotto della soglia dell'abusività, gli è invece consentito integrare la lacuna conseguente all'accertamento della stessa ricorrendo alla regola espressa da un'altra clausola [relativa agli interessi corrispettivi], non

<sup>80</sup> Sia pure con accenti diversi, e in relazione a pronunce non sempre coincidenti, ritengono che la giurisprudenza della Corte di Giustizia sia orientata ad escludere la sostituzione della clausola abusiva con norme di fonte legale D'ADDA, voce *Integrazione del contratto*, cit., 629; ID., *Le nuove stagioni*, cit., 49 s.; ID., *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore"*, cit., 24 ss.; IAMICELI, *Nullità parziale*, cit., 746-748; PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà*, cit., 564 s.

<sup>81</sup> Per un'analoga conclusione v. D'AMICO, *L'integrazione (cogente)*, cit., 243, il quale ritiene che *Banco Español de Credito* ed *Asbeek Brusse*, (citt. *supra*, nt. 78) «lascino aperta la possibilità che la lacuna determinata dalla caducazione di una clausola "vessatoria" sia colmata attraverso il ricorso al diritto dispositivo».

<sup>82</sup> Si tratta dell'art. 83 *Real decreto legislativo* n. 1/2007, in base al quale il giudice che dichiara la nullità della clausola abusiva «integra il contratto e dispone di poteri di moderazione rispetto ai diritti e obblighi delle parti, nel caso di sopravvivenza del contratto, e rispetto alle conseguenze della sua inefficacia in caso di apprezzabile pregiudizio per il consumatore o utente»: cfr. C. Giust. 14 giugno 2012, causa C-618/10, *Banco Español de Credito*, [doc. 40] punto 22.

intaccata dal sindacato giudiziale<sup>83</sup>. La motivazione, è vero, non fa espresso riferimento alla sostituzione della clausola abusiva con norme dispositive; dalla lettura della stessa, tuttavia, risulta evidente che l'opposizione nei confronti della riduzione conservativa della clausola si coniuga con la disponibilità ad ammettere che la lacuna conseguente all'accertamento dell'abusività possa essere colmata ricorrendo a regole legali o convenzionali orientate a promuovere l'attuazione del rapporto. Regole che non integrano gli effetti della clausola [sul presupposto della sua conservazione nel regolamento contrattuale], ma si sostituiscono ad essa [assumendone la rimozione].

Nel contesto italiano, la questione riceve una soluzione analoga. Nell'ambito dell'arbitro bancario finanziario, l'opinione in base alla quale a seguito della declaratoria di abusività della clausola che prevede gli interessi moratori nessun interesse sarebbe stato dovuto dal debitore – se non quelli corrispettivi esigibili dall'istituto di credito nella fisiologica attuazione del rapporto<sup>84</sup> – viene motivatamente disattesa dal Collegio di Coordinamento<sup>85</sup>. Quest'ultimo avvalorava invece l'applicabilità dell'art. 1224, comma 1 c.c., che, qualora gli interessi moratori non siano stati pattuiti, sancisce la loro decorrenza nella misura degli interessi corrispettivi il cui tasso – come avviene di regola – sia superiore a quello legale. La conclusione viene giustificata sulla base di una lettura della giurisprudenza della Corte di Giustizia che, come quella proposta in questa sede, ravvisa in essa la preclusione verso la conservazione della clausola – sia pure modificata o emendata delle componenti abusive – ma non la sua sostituzione con regole di fonte legale; si aggiunge che mentre la soluzione adottata asseconda l'attuazione del contratto di finanziamento – altrimenti assai difficile, risultando conveniente ritardare la restituzione per il debitore moroso – essa non compromette l'efficacia deterrente della direttiva, perché la differenza tra il tasso degli interessi moratori e quello degli interessi corrispettivi è ordinariamente rilevante. A confermare la ragionevolezza della soluzione e la sua compatibilità con il diritto europeo intervengono le sezioni unite della S.C.: dopo *Banco Santander*, l'applicazione del tasso degli interessi corrispettivi a seguito della declaratoria di vessatorietà di quelli moratori viene anzi considerato un dato acquisito, tanto da essere utilizzato per avvalorare la medesima soluzione quando gli interessi moratori sono usurari<sup>86</sup>.

A conclusioni analoghe si deve pervenire in relazione alla *clausola penale*, che esonerando il creditore dalla prova del danno e predeterminando la misura della presta-

<sup>83</sup> C. Giust. 7 agosto 2018, C-96/16 e C-94/17, *Banco Santander*, [doc. 34] punti 72-79.

<sup>84</sup> In questo senso si è pronunciato il Collegio di Roma, sia pure nel contesto di un'ordinanza che ha rimesso la soluzione della questione al Collegio di Coordinamento: cfr. ABF, Collegio di Roma, ord. 23 maggio 2014, n. 3415, in *Contratti*, 2014, 734, con nota di F.P. PATTI, *Clausola vessatoria*, cit.

<sup>85</sup> Cfr. ABF, Collegio di Coordinamento, 24 giugno 2014, n. 3955, [doc. 46] in *Contratti*, 2015, 257, con nota di COLANGELO, *Interessi moratori. Divergenze tra ABF e Corte UE, Corte Costituzionale e Cassazione*.

<sup>86</sup> Cfr. Cass., sez. un., 18 settembre 2020, n. 19597, [doc. 47] in *Contratti*, 2020, 639, con nota di STILO, *Usura e interessi di mora: secondo le Sezioni Unite è questione di simmetria*.

zione a lui dovuta in conseguenza dell'inadempimento o del ritardo ha evidenti affinità con la previsione convenzionale degli interessi moratori. In *Asbeek Brusse* [doc. 41] viene ritenuta incompatibile con il testo e la finalità della direttiva una disposizione del codice civile olandese che – come l'art. 1384 del codice civile italiano – autorizza il giudice a ridurre la misura della penale [art. 6:94(1) BW]<sup>87</sup>. Se dunque la relativa clausola perde integralmente efficacia, la Corte non si esprime in merito all'applicazione della disciplina ordinaria dei rimedi contro l'inadempimento, e in particolare del risarcimento del danno contrattuale. Peraltro, la mancanza di una chiara presa di posizione a favore dell'applicazione delle norme nazionali che presuppongono l'assenza della clausola non può essere ragionevolmente interpretata nei termini di un'esonazione di responsabilità del consumatore inadempiente. Una lettura di questo tenore trasformerebbe lo sfavore della Corte nei confronti della riduzione conservativa della clausola abusiva in una preclusione volta ad impedire l'applicazione delle norme legali che assecondano l'attuazione dello scambio: tra esse, assumono speciale rilevanza quelle che delineano i rimedi contro l'inadempimento, ed in particolare il risarcimento del danno contrattuale.

Se poi si vuole riflettere sulle ragioni della reticenza della Corte, essa è dovuta, a nostro avviso, all'approccio "burocratico" con cui, talvolta, affronta le questioni sottoposte alla sua interpretazione pregiudiziale. Il campo visivo dei giudici riuniti a Lussemburgo è rigidamente limitato alla normativa europea e alle disposizioni dei diritti nazionali in relazione alle quali sono sollecitati ad esprimere un giudizio di compatibilità; mentre solo estendendo lo sguardo al rapporto tra tali disposizioni e il contesto in cui si collocano è possibile fornire una risposta davvero appagante. La stessa idea di una costruzione giuridica europea implica che i diritti nazionali non siano alieni rispetto all'ordinamento dell'Unione, ciò che dovrebbe indurre la Corte a considerare le ricadute applicative dei propri orientamenti adottando un'ottica meno limitata e frammentaria<sup>88</sup>.

<sup>87</sup> Cfr. C. Giust. 30 maggio 2013, C-488/11, *Asbeek Brusse*, [doc. 41] punto 59.

<sup>88</sup> Un simile approccio si riscontra anche in *Kanyeba* [C. Giust. 7 novembre 2019, cause riunite da C-349/18 a C-351/18 [doc. 43]], che segue di pochi anni *Asbeek Brusse*. La Corte ribadisce l'inammissibilità della riduzione della penale abusiva e – interpellata in ordine alla soggezione dei consumatori inadempienti alla disciplina della responsabilità extracontrattuale [nella specie, utenti di trasporto pubblico sprovvisti del relativo biglietto] – rifiuta di rispondere, in quanto la questione non ricade nell'ambito di applicazione della direttiva 93/13, ma nella sfera del diritto nazionale. Il riferimento alla responsabilità extracontrattuale dipende dalla formulazione della questione pregiudiziale, essendo incerto nel diritto belga il titolo sulla base del quale i consumatori inadempienti fruivano del servizio di trasporto. Considerato che nell'ambito della stessa pronuncia la condotta del passeggero che sale a bordo di un treno liberamente accessibile senza aver acquistato il biglietto viene ritenuta integrare la conclusione di un contratto di trasporto [punti 51-53], la Corte avrebbe potuto rivalutare la questione sollevata dal giudice belga e valutare se – stante l'abusività della penale predisposta dall'azienda di trasporto pubblico – il passeggero potesse essere obbligato a risarcire il danno eventualmente subito dal vettore. Sulla base di quanto si sostiene nel testo, la risposta sarebbe stata positiva, ferma restando la difficoltà del vettore di dimostrare il danno conseguente al mancato pagamento del prezzo di un servizio destinato ad essere prestato a favore di una pluralità di altri utenti.

Come abbiamo già avuto occasione di ricordare, inoltre, in più occasioni la Corte ha suggerito ai giudici nazionali di confrontare le *clausole risolutive espresse* contenute nei contratti di finanziamento con i criteri sulla base dei quali, in assenza di esse, viene valutata l'attitudine dell'inadempimento a giustificare lo scioglimento del rapporto<sup>89</sup>. Tali sono l'essenzialità dell'obbligazione inadempita nel contesto del rapporto contrattuale e il carattere sufficientemente grave della violazione imputabile al debitore, entrambi riconducibili nel diritto italiano al parametro legislativo della «non...scarsa importanza dell'inadempimento» (art. 1455 c.c.) così come a criteri funzionalmente omogenei adottati in altri ordinamenti nazionali in sede legislativa o giurisprudenziale [*inexécution suffisamment grave, material breach, incumplimiento esencial* ecc.].

Se allora le norme derogabili rinvenibili nella disciplina di parte generale – ed in particolare, quelle che determinano la soglia dell'inadempimento risolutorio – costituiscono un riferimento essenziale del giudizio di abusività, è naturale che una volta espunta la clausola dal regolamento contrattuale intervengano a colmare la lacuna, governando l'applicabilità del rimedio. Sarebbe davvero singolare ricorrere al diritto nazionale come fonte di regole idonee a guidare il controllo di abusività [con l'inconveniente di non poter fruire di una nozione uniforme di «significativo squilibrio»] per poi rifiutarne l'applicazione quando tale controllo ha avuto esito positivo [con l'ulteriore inconveniente di ottenere un regolamento contrattuale lacunoso e un apparato di rimedi ingovernabile]: si può anzi ipotizzare che la sostituzione della clausola abusiva con regole di fonte legale compensi almeno in parte gli svantaggi derivanti dall'adozione di una nozione di «significativo squilibrio» focalizzata sui diritti nazionali.

Del resto, l'esito al quale perviene, a nostro avviso, la giurisprudenza della Corte appare non solo fondato sul piano logico, ma anche coerente con il dettato della direttiva.

La stessa idea di una nullità parziale “nuda” – *id est*, non accompagnata dalla sostituzione della clausola con una diversa regola – appare difficilmente concepibile. Anche quando la clausola nulla sembra poter evaporare senza richiedere alcuna integrazione, viene in realtà sostituita da una diversa previsione. L'affermazione in base alla quale l'integrazione del regolamento contrattuale può avvenire anche “per sottrazione”<sup>90</sup> mantiene la sua validità in una prospettiva rovesciata: quando non travolge l'intero accordo, la sottrazione di una o più clausole al regolamento contrattuale ne comporta necessariamente l'integrazione. Su questo terreno, tuttavia, essa non può avvenire mediante la conservazione della clausola nulla e la conformazione dei suoi effetti, ma solo tramite la rimozione della stessa clausola e la sua sostituzione con una regola di fonte legale.

Se per ipotesi un contratto di durata a tempo determinato prevede la proroga o la rinnovazione automatica del rapporto qualora il consumatore non comunichi una volon-

<sup>89</sup> V., *supra*, nt. 62.

<sup>90</sup> La formula, inaugurata da ROPPO [*Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 707 ss.] è ripresa da D'ADDA [*Nullità parziale e tecniche di adattamento*, cit., 65; *Id.*, *Le nuove stagioni*, cit., 32] e da IAMICELI [*Nullità parziale*, cit., 720, testo e nt. 12].

tà contraria entro una data eccessivamente anticipata rispetto alla scadenza (dir. 93/13, all., lett. h), la clausola nulla viene sostituita da una semplice regola – ricavabile per *analogia iuris* da una serie di disposizioni codicistiche, e riconducibile, in ultima analisi, alla «forza di legge» del contratto – in base alla quale quando è pattuito un termine finale le parti restano vincolate fino alla scadenza, al verificarsi della quale il rapporto si estingue<sup>91</sup>. Alla luce della giurisprudenza della Corte, non è certamente possibile conservare la clausola rielaborandone gli effetti, come invece avverrebbe qualora il termine entro il quale il consumatore ha l'onere di comunicare la disdetta al professionista venisse posticipato dal giudice in modo tale da precedere di un più ragionevole intervallo di tempo la scadenza del contratto<sup>92</sup>. Perché il regolamento contrattuale non risulti fatalmente incompleto è tuttavia necessario che alla clausola nulla si sostituisca una diversa regola: quella in base alla quale (solo) alla scadenza del termine finale il rapporto si estingue.

Ricordiamo, inoltre, che la conseguenza ordinaria dell'abusività della clausola è la nullità parziale necessaria (art. 6, par. 1, dir. 93/13)<sup>93</sup>: la scelta del legislatore europeo è quella tenere le parti vincolate al contratto depurato dalla clausola abusiva, nella prospettiva dell'attuazione del rapporto. Ebbene, tale obiettivo non sembra poter essere realisticamente perseguito se la clausola non viene sostituita da una diversa regola, che permette di ripristinare le condizioni necessarie affinché il contratto possa essere attuato. Un mutuo che prevede interessi moratori abusivi non può essere attuato se il mutuatario conserva la disponibilità del capitale senza compensare le conseguenze del ritardo mediante il pagamento di interessi [o se grava sul mutuante il difficile onere di dimostrare il danno subito a causa della temporanea indisponibilità del denaro ogni qualvolta non sia stato puntualmente pagato] e lo stesso si può dire di un contratto di locazione recante una penale abusiva a carico del conduttore, qualora quest'ultimo non risponda dei danni provocati dall'inadempimento delle sue obbligazioni<sup>94</sup>. In definitiva, perché la conserva-

<sup>91</sup> Cfr. artt. 1372, 1573; 1574; 1597; 1628; 1630; 1722 c.c.

<sup>92</sup> Diversa l'analisi della fattispecie condotta da chi muove da una posizione favorevole alla riduzione conservativa degli effetti della clausola: cfr. D'AMICO, *L'integrazione (cogente)*, cit., 225-230.

<sup>93</sup> Art. 36, comma 1 *Cod. cons.*

<sup>94</sup> A ben vedere, la soluzione in base alla quale a seguito della declaratoria di abusività il mutuatario compensa il ritardo nella restituzione del capitale mediante il pagamento degli interessi corrispettivi (*supra*, ntt. 83-86 e testo corrispondente) riproduce il modello tracciato dall'art. 1591 c.c. proprio in relazione al contratto di locazione. Come il conduttore che conserva la detenzione della cosa locata, il mutuatario che mantiene la disponibilità del capitale è tenuto a pagare il corrispettivo promesso fino al momento della restituzione, essendo onere del mutuante la prova del danno ulteriore. In assenza di un dispositivo legale o convenzionale idoneo a predeterminare le conseguenze del ritardo – come gli interessi moratori, o la clausola penale – il debitore che ritarda la restituzione del bene è tenuto a pagare il corrispettivo che ne compensa la perdurante disponibilità, essendo onere del creditore dimostrare il danno ulteriore. In definitiva, le regole applicabili a seguito della declaratoria di abusività delle clausole che prevedono la misura degli interessi moratori o il pagamento di una penale per il ritardo nella restituzione del bene riproducono semplicemente i termini dello scambio, contrastando il rischio di comportamenti opportunistici del consumatore.

zione del contratto non si riveli illusoria è necessario che la lacuna prodottasi a seguito della soppressione della clausola venga integrata da regole tali indurre le parti ad attuare il rapporto. Ammesso che una nullità “nuda” sia logicamente concepibile, essa non appare compatibile con le scelte di fondo del legislatore europeo.

Le norme idonee a sostituire le clausole abusive, integrando le lacune del regolamento contrattuale, sono quelle di fonte legale; nella visione della Corte esse garantiscono al rapporto intercorrente tra le parti un assetto neutro ed equilibrato, mentre le regole elaborate dal giudice non sono assistite da una simile presunzione di imparzialità ed equilibrio<sup>95</sup>. È probabile che la diversa considerazione delle due fonti di integrazione – legale e giudiziale – non costituisca che un riflesso della diffidenza nei confronti di ogni tentativo di recupero, ancorché parziale, degli effetti della clausola. L’integrazione legale si realizza mediante il ricorso a norme elaborate *a priori* dal legislatore, che proprio in quanto astratte e aprioristiche si prestano a sostituire le clausole abusive. Quella giudiziale, invece, implica l’elaborazione di regole che *conseguono* all’accertamento dell’abusività: sembra allora più probabile che si presti ad operazioni in senso lato conservative degli effetti della clausola.

Tra le diverse ricostruzioni proposte in dottrina per giustificare sul piano normativo l’integrazione degli effetti del contratto a seguito dell’accertamento dell’abusività di una o più clausole, non sembra compatibile con la prospettiva della Corte quella incentrata sull’art. 1374 c.c.<sup>96</sup>. La disposizione annovera gli usi e l’equità tra le fonti di integrazione del contratto; la Corte, invece, esige che le norme impiegate per colmare la lacuna generata dall’inefficacia della clausola siano state elaborate in sede legislativa<sup>97</sup>. In quest’ottica – lo si ripete – assume rilevanza non tanto una maggiore o minor fiducia nell’istanza [legislativa o giurisdizionale] che elabora le norme destinate ad essere integrate nel regolamento contrattuale in sostituzione della clausola, quanto la circostanza che tali norme abbiano un contenuto definito *a priori* o siano invece destinate ad essere elaborate *a posteriori*, a seguito dell’esito positivo del controllo di abusività. Appare invece compatibile con la posizione della Corte la tesi dottrinale che rappresenta l’integrazione del contratto conseguente all’accertamento dell’abusività come un fenomeno di fisiologica riespansione del diritto dispositivo<sup>98</sup>: venuta meno la clausola – o meglio,

<sup>95</sup> È quanto viene espressamente affermato con riferimento alle clausole essenziali ai fini della permanenza del rapporto contrattuale: v., *infra*, § 6 e sin d’ora C. Giust., 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, [doc. 1] punti 59-62.; C. Giust. 18 novembre 2021, C-212/20, *M.P., B.P.*, [doc. 21] punto 73; C. Giust. 12 gennaio 2023, C-395/21, *D.V. v. M.A.*, [doc. 5] punto 63. Come risulta dalla ricostruzione svolta nel testo, una posizione analoga è implicitamente sostenuta dalla Corte anche in relazione alle clausole “accessorie” rispetto ai termini dello scambio, nella misura in cui ritiene incompatibili con la direttiva le sole norme nazionali che accordano al giudice la legittimazione a modificarne o ridurne gli effetti: è il caso della riduzione della penale manifestamente eccessiva prevista dall’art. 6:94(1) BW considerata in *Asbeek Brusse* [C. Giust. 30 maggio 2013, C-488/11 [doc. 41]].

<sup>96</sup> V., *supra*, nt. 8.

<sup>97</sup> Condividiamo qui un rilievo di F.P. PATTI, *Clausola vessatoria*, cit., 744.

<sup>98</sup> V., *supra*, nt. 10.

accertata la sua originaria inefficacia – trovano applicazione le norme legali, sicché il consumatore viene effettivamente ricollocato «nella situazione di diritto e di fatto in cui si sarebbe trovato»<sup>99</sup> in mancanza della pattuizione abusiva.

Ci si può chiedere, ancora, se la sostituzione delle clausole abusive mediante norme “di diritto comune” come quelle rinvenibili nei codici civili europei possa davvero soddisfare l’esigenza di promuovere l’efficacia deterrente della direttiva su cui insiste la Corte. Ora, è un dato di comune esperienza che il consumatore invochi la nullità delle clausole abusive in una percentuale assai limitata di casi, se anche si considerano solo le situazioni in cui i suoi interessi patrimoniali risultano effettivamente pregiudicati. Se questo è vero, ad influire sulle determinazioni del professionista – inducendolo ad interrompere l’adozione di clausole abusive – non bastano norme che integrano il regolamento contrattuale in modo neutro e astrattamente equilibrato, come quelle contenute nei codici civili europei. Una volta espunta la clausola, il suo posto viene preso da una regola che riporta in equilibrio *quel contratto*, permettendone l’attuazione, ma non pare idonea ad incidere *sui contratti* di cui il professionista si avvale quotidianamente offrendo ai consumatori beni e servizi.

Perché il professionista avverta davvero l’effetto deterrente della direttiva, è allora necessario che alle clausole abusive subentrino regole da un lato più nettamente penalizzanti; dall’altro, più strettamente aderenti alla sostanza economica del rapporto intercorrente con il consumatore. Senonché, la direttiva prevede una normativa di carattere orizzontale, che si applica a tutti i contratti unilateralmente predisposti dai professionisti ed accettati adesivamente dai consumatori. Una disciplina così estesa e così poco specifica non può che relazionarsi, in maggiore o minor misura, con le norme di diritto comune contenute nei codici civili europei.

Soluzioni orientate ad esercitare nei confronti dei professionisti una maggiore efficacia deterrente possono essere sperimentate solo nel contesto di normative di carattere verticale, che disciplinano specifici settori di mercato. È quanto avviene nel microsistema del credito al consumo, al quale si dedica una breve digressione.

## **5. L’integrazione della clausola nulla e il suo impatto sulle contrattazioni nelle discipline di carattere “verticale”: credito al consumo e TAEG scorretto**

La disciplina del credito al consumo anticipa di alcuni anni, in un “ambiente ristretto”, soluzioni che la giurisprudenza sviluppata dalla Corte di Giustizia in sede di interpretazione della direttiva 93/13 ha poi esteso a tutti i rapporti intercorrenti tra professionisti e consumatori.

---

<sup>99</sup> Così, ancora, la motivazione di *Gutierrez Naranjo* [C. Giust. 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, [doc. 39] punto 61].

La trasparenza economica del contratto, in particolare, viene perseguita rendendo obbligatoria l'indicazione del TAEG, che permette – o dovrebbe permettere – al consumatore di valutare il costo totale del credito e di confrontare le diverse offerte presenti sul mercato (art. 121, comma 1, lett. m; 123, comma 1 TUB). Siccome si assume che il consumatore effettui le sue scelte sulla base di tale indicatore, che rappresenta sinteticamente le condizioni del rapporto di finanziamento, le clausole che gli addebitano costi non inclusi o inclusi in modo non corretto nel calcolo del TAEG sono nulle, senza pregiudizio per la validità del contratto: in questo ambito, il difetto di trasparenza è sufficiente a giustificare la nullità della clausola (art. 125-*bis*, comma 6 TUB). Se poi il TAEG manca o la relativa clausola è nulla, il costo del credito a carico del consumatore viene determinato sulla base di un tasso suppletivo che in quanto ancorato al rendimento dei buoni del tesoro annuali è tanto favorevole per lo stesso consumatore, quanto penalizzante per il finanziatore (art. 125-*bis*, comma 6, lett a TUB).

Ad una prima lettura del dato normativo sembrerebbe, dunque, che se il TAEG è chiaramente indicato, ma non rappresenta fedelmente i costi addebitati al consumatore, la nullità delle clausole non incluse nel calcolo dell'indicatore “conformi” il contratto, adeguandone gli effetti alle informazioni sulle base delle quali lo stesso consumatore ha aderito all'offerta del finanziatore. Quando invece il TAEG manca o non è chiaramente indicato, le condizioni del rapporto di finanziamento non si possono conformare su di esso, sicché subentra il tasso di interesse previsto dalla legge, che premia il consumatore e penalizza il finanziatore.

Certamente la disciplina, così ricostruita, è idonea ad indurre i finanziatori a corredare la loro offerta con un TAEG chiaro e comprensibile per il consumatore: se l'indicatore manca o non è perspicuo, il finanziamento viene erogato a condizioni svantaggiose. Nello scenario in cui, invece, il TAEG sia stato chiaramente indicato, ma non rappresenti fedelmente i costi che il contratto di finanziamento pone a carico del consumatore, la prospettiva incentrata sul contratto isolatamente considerato e quella focalizzata sul flusso delle contrattazioni condotte dal finanziatore tornano a divaricarsi.

Se si prende in considerazione il singolo contratto di finanziamento, il consumatore che invoca la nullità delle clausole esprimenti costi non inclusi nel TAEG non sembra poter ragionevolmente invocare un trattamento più favorevole rispetto a quello che risulta dall'applicazione del coefficiente: depurato il contratto dalle clausole che esprimono costi non trasparenti, il consumatore beneficia del finanziamento alle condizioni che riflettono le informazioni sulla base delle quali ha aderito all'offerta del professionista. Dal punto di vista del singolo consumatore, l'applicazione del tasso suppletivo basato sul rendimento annuale dei buoni del tesoro costituisce un vantaggio inatteso, che gli offre un trattamento migliore di quello in cui poteva confidare, sulla base del TAEG, al momento della conclusione del contratto. È questa, effettivamente, l'interpretazione accolta da alcuni collegi dell'Arbitro Bancario Finanziario<sup>100</sup>. Essa appare in sintonia con la

---

<sup>100</sup> Ci si riferisce in particolare alle ordinanze del Collegio di Roma, 30 ottobre 2015 e del Collegio di Napoli, 24 luglio 2018 che hanno rimesso al Collegio di Coordinamento la decisione relativa

soluzione adottata dallo stesso legislatore del TUB nel contesto dell'art. 117, comma 7 lett. (b): quando il contratto prevede «tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati» le relative clausole sono nulle e il rapporto tra istituto di credito e cliente è regolato dalle condizioni pubblicizzate.

Se tuttavia si concentra l'attenzione sull'insieme delle contrattazioni condotte dai finanziatori, risulta evidente che la soluzione non garantisce alla disciplina consumeristica un'adeguata efficacia deterrente. Anche in considerazione della scarsa rilevanza economica di molti rapporti riconducibili al credito al consumo, è estremamente probabile che il consumatore non rilevi la mancata inclusione di alcuni costi nel TAEG o non invochi la nullità delle relative clausole. In questo scenario, quando invece la scorretta rappresentazione del TAEG emerge – in quanto il consumatore invoca la nullità delle clausole “escluse” – l'applicazione del medesimo coefficiente al rapporto di credito non garantisce alla disciplina consumeristica un adeguato effetto deterrente.

È questa, a nostro avviso, la vera ragione che ha indotto il Collegio di Coordinamento dell'ABF ad affermare l'applicabilità del tasso suppletivo ancorato al rendimento dei buoni del tesoro annuali non solo nell'ipotesi di mancata od oscura indicazione del TAEG, ma anche nel caso di rappresentazione infedele dei costi addebitati al consumatore. Oltre a non vedersi addebitare i costi non rappresentati nel coefficiente, quest'ultimo fruisce del favorevole tasso di interesse commisurato al rendimento dei titoli di stato di durata annuale<sup>101</sup>.

La soluzione viene giustificata, sul piano esegetico, leggendo congiuntamente il 6° e il 7° comma dell'art. 125-*bis* TUB e sostenendo su questa base che la nullità delle clausole relative ai costi non rappresentati nel TAEG si riflette inevitabilmente sulla nullità della clausola espressiva dello stesso coefficiente. D'altra parte, si aggiunge, se l'erronea indicazione del TAEG non comportasse la nullità della relativa clausola la funzione dell'indicatore – quella di rappresentare fedelmente il costo del credito – non sarebbe adeguatamente salvaguardata, mentre sarebbe difficile comprendere a cosa allude il legislatore quando si riferisce alla «nullità delle...clausole contrattuali», ed in particolare alla nullità del TAEG, per ricollegare ad essa l'applicazione del tasso suppletivo basato sul rendimento dei buoni del tesoro di durata annuale (art. 127-*bis*, comma 7 TUB). Si ritiene, ancora, che la soluzione trovi riscontro nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, che in sede di interpretazione pregiudiziale della direttiva 93/13 ha ritenuto confliggente con il parametro della trasparenza le clausole dei contratti di finanziamento relative al costo

---

alla determinazione del tasso di interesse del contratto di credito al consumo in presenza di un TAEG erroneo.

<sup>101</sup> Cfr. ABF, Collegio di Coordinamento, 8 novembre 2018, n. 23293, la cui motivazione è sintetizzata nel testo; ABF, Collegio di Coordinamento, 18 febbraio 2016, n. 1430. L'orientamento del Collegio di coordinamento è condiviso da MAUGERI, *Omissione di informazioni e rimedi nel credito al consumo. La decisione della CGE 42/15 e la proporzionalità dell'apparato rimediario italiano*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, 139.

totale del credito formulate in modo tale da non permettere al consumatore di calcolare il TAEG, in quanto non ne specificano la base di calcolo né indicano il tasso di interesse<sup>102</sup>.

A ben vedere, nessuno degli argomenti indicati giustifica la decisione, che tuttavia appare condivisibile in termini di politica del diritto. La nullità delle clausole che prevedono costi non rappresentati dal TAEG non determina la nullità della clausola relativa allo stesso coefficiente, ma piuttosto la esclude: eliminate le prime dal regolamento contrattuale, la seconda rappresenta fedelmente il costo totale del credito a carico del consumatore. Anche in quest'ottica, residua uno spazio significativo per la declaratoria di nullità della clausola relativa al TAEG, che appare giustificata quando il coefficiente non permette al consumatore di determinare in modo univoco il costo totale del credito nelle varie fasi del rapporto di finanziamento. È questa, infatti, la fattispecie considerata in sede di rinvio pregiudiziale dalla sentenza della Corte di Giustizia richiamata in motivazione<sup>103</sup> e dal suo immediato precedente<sup>104</sup>. Nel contesto delle due pronunce, la Corte avvalorava il difetto di chiarezza e comprensibilità della clausola relativa al costo totale del credito con riferimento alla mancanza o alla scarsa trasparenza del TAEG, mentre non prende in considerazione l'ipotesi che il coefficiente sia stato calcolato erroneamente.

Alla base della soluzione adottata dal Collegio di coordinamento sussiste dunque, con ogni probabilità, una ragione ulteriore, ancorché inespressa nella motivazione della decisione: si sceglie di accordare al consumatore presente nel giudizio arbitrale un vantaggio inatteso, applicando al rapporto un tasso più favorevole di quello sulla base del quale ha concluso il contratto, allo scopo di incidere sulle contrattazioni che il finanziatore conduce con la generalità dei suoi clienti.

## 6. Quando l'abusività della clausola può estendersi all'intero contratto: un nuovo regime della nullità e una forma sperimentale di integrazione

Consideriamo, ora, una situazione più difficile da gestire. La clausola – sottoposta a controllo in quanto non sufficientemente «chiara e comprensibile» nelle sue implicazioni economiche – definisce i lineamenti dello scambio o una prestazione essenziale del contratto (art. 4, par 2 dir. 93/13)<sup>105</sup>, il quale, dunque, non può essere attuato a meno che la lacuna prodottasi a seguito della declaratoria di nullità non venga colmata da un'altra regola.

In questa seconda serie di casi, la “nullità parziale necessaria” che normalmente consegue alla declaratoria di abusività non costituisce una soluzione praticabile. La stes-

<sup>102</sup> C. Giust. 20 settembre 2018, C-448/17, *EOS KSI Slovensko*, [doc. 48] punti 64-68.

<sup>103</sup> V. nota prec.

<sup>104</sup> Cfr. Corte Giust., ord. 16 novembre 2010, C-76/10, *Pohotovost*, [doc. 49] punti 71, 72, 77.

<sup>105</sup> Cfr. art. 34, comma 2 *Cod. cons.*

sa direttiva considera la possibilità che, non potendo «sussistere senza le clausole abusive» (art. 6, par. 1), il contratto divenga integralmente nullo; ma siccome tale esito può risultare penalizzante per le ragioni del consumatore, che verrebbe paradossalmente pregiudicato dall'applicazione di una normativa orientata a tutelarlo, l'interprete è indotto a prendere in considerazione l'eventualità che il regolamento contrattuale venga integrato in modo tale da evitare la caducazione del rapporto. Come si è anticipato, tuttavia, raramente le norme legali regolano aspetti essenziali dell'operazione economica prefigurata dal contratto, come le caratteristiche dei beni e dei servizi forniti dal professionista e il corrispettivo dovuto dal consumatore; ne consegue che possono essere impiegate ad integrazione del regolamento contrattuale divenuto lacunoso solo grazie ad un intervento "ortopedico", che ne permetta l'adattamento ad una fattispecie diversa da quella in relazione alla quale sono state formulate.

Su questo terreno, il ruolo dell'interprete – e in particolare, del giudice nazionale – è molto più impegnativo di quello riscontrabile quando le clausole dichiarate abusive regolano aspetti estranei al nucleo dello scambio: non può infatti limitarsi a identificare le disposizioni applicabili in assenza della clausola, ma è portato a ricercare nel diritto nazionale le regole più funzionali ad integrare la lacuna. Come ci apprestiamo a vedere, non si può escludere che l'indagine approdi ad una scomoda conclusione: se da un lato la nullità integrale del contratto pregiudica le ragioni del consumatore, dall'altro non esiste nel diritto nazionale alcuna norma idonea ad integrare la lacuna prodotta dall'abusività della clausola. Si rende allora necessario individuare soluzioni ulteriori.

Delineato lo scenario conseguente all'accertamento dell'abusività di una clausola "essenziale", vediamo sulla base di quali coordinate viene gestito dalla Corte di Giustizia.

L'elaborazione giurisprudenziale che ci apprestiamo a ricostruire verte principalmente sui contratti di finanziamento, e si concentra sulle clausole che prevedono gli interessi corrispettivi dovuti dal mutuatario<sup>106</sup> e sulle c.d. clausole di indicizzazione rinvenibili nei mutui espressi in valuta straniera<sup>107</sup>. Con riferimento a queste ultime, in

<sup>106</sup> Cfr. C. Giust. 3 maggio 2020, C-125/18, *Gómez del Moral Guasch* [doc. 44]; C. Giust. 25 novembre 2020, C-269/19, *Banca B.SA*, [doc. 50] in *Contratti*, 2021, 273, con nota di CALDORO, *Clausole abusive e rimedi alla caducazione: rimessione delle parti alle trattative, nuova frontiera (o terra incognita)?*; C. Giust., ord. 17 novembre 2021, C-655/20, *Gómez del Moral Guasch* [doc. 22].

<sup>107</sup> Cfr. C. Giust. 30 aprile 2014, C-26/13, *Kasler* [doc. 9]; C. Giust. 26 febbraio 2015, C-143/13, *Matei* [doc. 14]; C. Giust. 20 settembre 2017, C-186/16, *Andriuc* [doc. 16]; C. Giust. 20 settembre 2018, C-51/17, *OTP Bank e OTP Faktoring* [doc. 17]; C. Giust. 14 marzo 2019, C-118/17, *Dunai*, [doc. 51] in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, I, 1181, con nota di MATTERA, *Sul contratto di mutuo in valuta estera. Clausole abusive sul rischio di cambio*; C. Giust. 5 giugno 2019, C-38/17, *GT-HS* [doc. 18]; C. Giust. 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak* [doc. 1]; C. Giust. 25 novembre 2020, C-269/19, *Banca B.SA*, [doc. 50] punto 34; C. Giust. 10 giugno 2021, C-609/19, *Paribas Personal Finance SA* [doc. 8]; C. Giust. 29 aprile 2021, C-19/20, *Bank BPH* [doc. 2]; C. Giust. 10 giugno 2021, cause riunite da C-776/19 a C-782/19, *Paribas Personal Finance SA* [doc. 38]; C. Giust. 18 novembre 2021, C-212/20, *M.P., B.P.* [doc. 21]; C. Giust. 8 settembre 2022, C-80-82/21, *D.B.P.* [doc. 4] Si riscontra poi, di recente, una pronuncia relativa ad un contratto di prestazione d'opera professionale: cfr. C. Giust. 12 gennaio 2023, C-395/21, *D.V. v. M.A.* [doc. 5]

base al modello più diffuso e ricorrente nelle questioni pregiudiziali il capitale oggetto del finanziamento viene erogato al consumatore in valuta nazionale e convertito in valuta straniera in base al tasso di cambio praticato dalla banca alla data dell'erogazione; la somma espressa in valuta straniera così determinata viene restituita alla banca in valuta nazionale sulla base del tasso di cambio dalla stessa praticato alla scadenza delle singole rate. Il rischio di cambio così assunto dal mutuatario si concretizza quando nel corso del rapporto la valuta straniera si apprezza rispetto a quella nazionale in cui il consumatore percepisce i propri redditi, sicché occorrono più unità di valuta nazionale di quelle ricevute all'erogazione del mutuo per restituire il capitale erogato.

Essendo questo schema adottato con particolare frequenza nei paesi dell'Est europeo tra la fine del secolo scorso e l'inizio di quello attuale, il legislatore ungherese è intervenuto con una serie di atti normativi volti a salvaguardare gli istituti di credito nazionali dalle conseguenze della declaratoria di abusività delle clausole di indicizzazione<sup>108</sup>. Se per il futuro il consumatore viene protetto dal rischio di cambio grazie alla conversione della valuta del mutuo in quella nazionale, più delicata è la situazione in cui si trova in relazione al segmento del rapporto attuato nella fase anteriore.

Una delle misure adottate in relazione ad essa sottrae al consumatore la legittimazione ad ottenere la nullità del contratto, alla quale, pure, egli potrebbe avere interesse: per esempio, allo scopo di bloccare una procedura promossa sui suoi beni dalla banca sulla base del valore di titolo esecutivo del mutuo ipotecario ricevuto dal notaio<sup>109</sup>. Correlativamente, le clausole di indicizzazione contenute nei contratti di mutuo vengono dichiarate nulle e sostituite da una disposizione che prevede l'applicazione del tasso ufficiale fissato dalla banca nazionale ungherese sia per quanto riguarda l'erogazione del capitale che per quanto concerne il rimborso. In definitiva, all'integrazione coattiva della clausola di indicizzazione con una norma che riduce, ma non elimina completamente, le conseguenze negative dell'assunzione del rischio di cambio, fa riscontro una disposizione che preclude al consumatore di far valere la nullità dell'intero contratto.

La Corte di Giustizia, allora, afferma che l'integrazione coattiva degli effetti della clausola effettuata da una legge nazionale non preclude il sindacato di abusività, se il rischio al quale è esposto il consumatore non è stato completamente neutralizzato<sup>110</sup>; per poi aggiungere che il legislatore nazionale può impedire al consumatore di far valere la nullità dell'intero contratto solo se le sue disposizioni lo tutelano integralmente, collocandolo nella situazione in cui si sarebbe trovato in assenza della clausola<sup>111</sup>. Quando in-

<sup>108</sup> Per una puntuale ricostruzione del contenuto di tali atti normativi e delle loro relazioni con la giurisprudenza della Corte di Giustizia si rinvia a D'AMICO, *La Corte di Giustizia e la vicenda (ungherese) dei mutui in valuta estera stipulati con un consumatore*, in *Contratti*, 2020, 5.

<sup>109</sup> Come risulta dalla narrativa di C. Giust. 14 marzo 2019, C-118/17, *Dunai*, [doc. 51] punti 17-24.

<sup>110</sup> Cfr. C. Giust. 20 settembre 2018, C-51/17, *OTP Bank e OTP Faktoring*, [doc. 17] punti 67, 70.

<sup>111</sup> C. Giust. 14 marzo 2019, C-118/17, *Dunai*, [doc. 51] punti 44, 45, 56. Nel ribadire tale conclusione, si precisa che qualora il giudice accerti che la normativa nazionale offre una tutela integrale al consumatore, collocandolo nella situazione in cui si sarebbe trovato in assenza della clausola

vece, come era accaduto nel contesto ungherese, l'atto normativo nazionale non rimuove tutti gli effetti della clausola abusiva, lasciandone alcuni a carico del consumatore, lo stesso è legittimato ad invocare la nullità dell'intero contratto, grazie alla quale può contrastare con successo l'azione esecutiva esercitata dalla banca<sup>112</sup>.

In definitiva, qualora non risulti accertato che la legislazione nazionale abbia completamente neutralizzato gli effetti della clausola abusiva mediante un meccanismo "di integrazione cogente", il consumatore è pienamente legittimato ad ottenere la declaratoria di nullità del contratto, sempre sul presupposto che lo stesso non possa sussistere in assenza della clausola. Con riferimento ad un contratto di prestazione d'opera intellettuale – che specificava il corrispettivo orario dovuto al professionista, senza tuttavia offrire al cliente alcuna indicazione in ordine al numero di ore necessarie per prestare il servizio – si precisa che il rimedio può essere attivato anche qualora in base al diritto nazionale la declaratoria di nullità si ripercuota pesantemente sulla posizione del professionista, che perderebbe l'onorario e non verrebbe indennizzato per i servizi forniti<sup>113</sup>.

Talvolta, tuttavia, la nullità del contratto può pregiudicare seriamente gli interessi del consumatore, che in conseguenza dell'applicazione del rimedio si troverebbe privato della legittimazione a fruire delle prestazioni del professionista. Le conseguenze della nullità possono risultare particolarmente pesanti quando il contratto è stato almeno in parte eseguito, sicché si è consolidato in capo al consumatore un ragionevole affidamento nella perdurante disponibilità di beni e servizi. Così, la nullità di un contratto di mutuo conseguente all'accertamento dell'abusività di clausole di indicizzazione valutaria comporterebbe l'obbligo di restituire immediatamente il capitale, con evidente pregiudizio dell'affidamento del mutuatario nella disponibilità dello stesso, o meglio nella sua restituzione frazionata e differita nel tempo.

Si ammette, allora, che quando, in base al diritto statale, la nullità può estendersi all'intero contratto e risultare pregiudizievole per le ragioni del consumatore, la lacuna generata dall'abusività della clausola venga integrata mediante il ricorso a norme rinvenibili nelle legislazioni nazionali<sup>114</sup>. La scelta tra nullità del contratto e integrazione della clausola essenziale mediante il ricorso a regole di fonte legale implica, dunque, che la prima

---

abusiva, la volontà del consumatore di ottenere la nullità del contratto non può sovvertire gli esiti di tale valutazione: cfr. C. Giust. 2 settembre 2021, C-932/19, *OTP Jelzalogbank*, [doc. 52] punti 49 s.

<sup>112</sup> È questo l'esito avvalorato da C. Giust. 14 marzo 2019, C-118/17, *Dunai*, [doc. 51] punto 56.

<sup>113</sup> Cfr. C. Giust. 12 gennaio 2023, C-395/21, *D.V. v. M.A.*, [doc. 5] punto 59. Non è questo, a nostro avviso, lo scenario che conseguirebbe alla declaratoria di nullità del contratto di prestazione d'opera intellettuale nel diritto italiano: v., volendo, DELLACASA, *La restituzione delle prestazioni di fare nella patologia del contratto*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, 537 ss. Per una riflessione approfondita sul tema, si rinvia al contributo di PAGLIANTINI, *Trent'anni di direttiva 93/13, postvessorietà restitutoria ed il vuoto di un'interpretazione conforme a tutto tondo*, pubblicato in questo stesso fascicolo di *Accademia*.

<sup>114</sup> Cfr. C. Giust. 30 aprile 2014, C-26/13, *Kasler*, [doc. 9] punti 80-85; Corte Giust. 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria*, [doc. 42] punto 58; C. Giust. 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, [doc. 1] punto 48; C. Giust. 3 maggio 2020, C-125/18, *Gómez del Moral Guasch*, [doc. 44] punti 61-64; C. Giust. 18 novembre 2021, C-212/20, *M.P., B.P.*, [doc. 21] punto 72.

soluzione sia sfavorevole alle ragioni del consumatore in base a una valutazione da effettuarsi alla luce delle circostanze «esistenti o prevedibili al momento della controversia»<sup>115</sup> e non alla data del contratto: non si tratta di valutare, infatti, la consapevole adesione del consumatore all'offerta del professionista – come avviene quando si accerta il rispetto del requisito della trasparenza – ma l'impatto del rimedio ablativo sui suoi interessi economici. Tornando all'esempio "paradigmatico" del contratto di mutuo, sembra assumere rilevanza decisiva nell'ottica di tale valutazione la circostanza che nel momento in cui si sviluppa la controversia il capitale erogato debba essere in gran parte restituito [nel qual caso, la nullità sarebbe altamente pregiudizievole per le ragioni del consumatore] o sia stato invece integralmente o quasi integralmente rimborsato [con la conseguenza la restituzione immediata del residuo avrebbe un impatto assai più morbido].

Date queste condizioni, la scelta tra nullità e integrazione "ortopedica" della clausola essenziale spetta al consumatore, che è destinato a compierla dopo essere stato informato sulle conseguenze della nullità da parte del giudice nazionale<sup>116</sup>. Costituisce un dato acquisito, nella giurisprudenza della Corte, che il consumatore, interpellato dal giudice nazionale, possa scegliere di non invocare l'abusività di una clausola e acconsentire così in modo libero e informato alla sua applicazione<sup>117</sup>. A maggior ragione il consumatore – informato dal giudice in ordine alle conseguenze della nullità – può optare per l'applicazione del rimedio ablativo, rinunciando all'integrazione del contratto mediante norme legali, benché in astratto esso possa risultare pregiudizievole per i suoi interessi. La volontà del consumatore ha, dunque, un ruolo «determinante»<sup>118</sup> nella selezione delle conseguenze dell'abusività della clausola essenziale, fermo restando che le modalità con cui la scelta tra nullità e integrazione è destinata ad essere effettuata sono definite dalle discipline processuali degli stati dell'Unione.

Certamente il consumatore è legittimato ad operare la scelta quando si è limitato ad invocare l'abusività di una clausola che il giudice ritiene essenziale: tale, dunque, che la sua rimozione possa provocare la nullità del contratto con effetti potenzialmente pregiudizievoli per lo stesso consumatore. Si può identificare quale sede idonea per la formalizzazione della scelta la prima udienza di trattazione (art. 183 c.p.c.). La conclusione permane valida anche quando con l'atto introduttivo del giudizio il consumatore invoca la nullità del contratto, come è effettivamente avvenuto nel *leading case* approvato all'attenzione della Corte di Giustizia<sup>119</sup>. Ricordiamo, infatti, che secondo le sezioni unite la

<sup>115</sup> Così C. Giust. 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, [doc. 1] punto 50.

<sup>116</sup> Cfr. C. Giust. 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, [doc. 1] punti 53-56; C. Giust. 29 aprile 2021, C-19/20, *Bank BPH*, [doc. 2] punti 94-99; C. Giust., ord. 17 novembre 2021, C-655/20, *Gómez del Moral Guasch*, [doc. 22] punti 51 s.

<sup>117</sup> A partire dal *leading case* «*Pannon GSM*»: C. Giust. 4 giugno 2009, C-243/2008, [doc. 53] punti 33 e 35. Nella giurisprudenza posteriore v., a titolo esemplificativo, C. Giust. 21 febbraio 2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11, [doc. 54] punti 23, 27, 35.

<sup>118</sup> Così C. Giust. 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, [doc. 1] punto 56.

<sup>119</sup> Cfr. C. Giust. 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, [doc. 1] punti 18 s.

domanda inizialmente proposta può essere modificata entro la prima udienza di trattazione sebbene la variazione interessi l'oggetto e il fondamento sostanziale dell'azione, essendo solo necessario verificare l'identità o la connessione della «vicenda sostanziale» dedotta in giudizio<sup>120</sup>. Il principio di diritto ci sembra perfettamente compatibile con una dinamica processuale caratterizzata da una stretta interazione tra consumatore e giudice, come quella delineata dalla Corte di Giustizia. Sulla base del contraddittorio sviluppatosi nel corso della prima udienza di trattazione e delle informazioni fornitegli dal giudice in ordine alle conseguenze della nullità, il consumatore può modificare l'oggetto della domanda chiedendo che la lacuna generata dall'abusività della clausola venga integrata mediante il ricorso a norme legali.

Nell'ottica della Corte di Giustizia, l'integrazione del contratto mediante norme legali costituisce l'unica alternativa praticabile alla declaratoria di nullità. Si ripropone qui, con ancora maggior forza, la posizione contraria a qualsiasi operazione orientata alla conservazione o al recupero della clausola – sia pure depurata delle sue componenti abusive – che abbiamo già riscontrato in relazione alle pattuizioni non essenziali<sup>121</sup>. Si esclude, infatti, che per evitare lo scenario della nullità il giudice nazionale possa omettere la declaratoria di abusività, attribuendo effetti alla clausola<sup>122</sup>, o dichiarare la clausola solo parzialmente inefficace, depurandola delle componenti abusive<sup>123</sup>. Neppure gli è permesso integrare la clausola con una regola di creazione giudiziale, sia pure adottata sulla base di una disposizione legale<sup>124</sup>. Ci si riferisce a disposizioni che rinviano agli usi o delegano al giudice l'elaborazione della regola destinata ad integrare gli effetti del contratto sulla base del riferimento a *standard*, modelli di comportamento o valori: è il caso dell'art. 65 del codice civile polacco, ma anche dell'art. 1374 del codice civile italiano.

In sintesi, si esclude recisamente qualsiasi intervento conservativo sul contenuto e sugli effetti della clausola, così come la sua sostituzione con regole che essendo destinate ad essere elaborate dal giudice *a posteriori* non si presumono equilibrate come, invece, le norme suppletive redatte *a priori* dai legislatori nazionali. Se accantoniamo momentaneamente le soluzioni “di ultima istanza” alle quali pure faremo riferimento, risulta confermato che l'unica alternativa alla nullità del contratto è la sostituzione della clausola con norme legali. Siccome, tuttavia, raramente queste ultime regolano quegli aspetti essenziali dell'operazione economica che la clausola abusiva intendeva definire, la loro integrazione nel regolamento contrattuale richiede adattamenti caratterizzati da una dose

<sup>120</sup> Cfr. Cass., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, [doc. 55] in *Corr. giur.*, 2015, 961, con nota di C. CONSOLO, *Le S. U. aprono alle domande “complanari”: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*

<sup>121</sup> V., *supra*, § 4.

<sup>122</sup> C. Giust. 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, [doc. 1] punti 65-68.

<sup>123</sup> Cfr. C. Giust. 29 aprile 2021, C-19/20, *Bank BPH*, [doc. 2] punti 69 s., 80.

<sup>124</sup> C. Giust. 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, [doc. 1] punti 59-62; C. Giust. 25 novembre 2020, C-269/19, *Banca B.S.A.*, [doc. 50] punto 34.; C. Giust. 18 novembre 2021, C-212/20, *M.P., B.P.*, [doc. 21] punti 70, 73.

di discrezionalità assai più consistente di quella riscontrabile in una comune operazione di applicazione analogica. Per evitare che la disciplina posta a tutela del consumatore si riveli pregiudizievole per gli interessi di quest'ultimo, si adottano soluzioni che alterano inevitabilmente i lineamenti dell'accordo contrattuale.

Si ammette così che, qualora il tasso degli interessi corrispettivi dovuti nel contesto di un mutuo in valuta nazionale venga ritenuto abusivo, lo stesso possa essere sostituito con un diverso tasso di interesse, previsto da una legge nazionale entrata in vigore più di dieci anni dopo la conclusione del contratto<sup>125</sup>; e siccome la sostituzione del tasso abusivo con quello indicato dalla legge posteriore opera fin dal momento della conclusione del contratto, il consumatore è legittimato ad ottenere la restituzione delle somme indebitamente percepite dall'istituto di credito nella misura della differenza tra il primo e il secondo<sup>126</sup>.

In Italia, l'Arbitro Bancario Finanziario ha ritenuto abusive, in quanto non trasparenti, clausole di indicizzazione che prevedevano – nell'ipotesi di restituzione anticipata del finanziamento – la conversione in euro del capitale residuo espresso in valuta straniera sulla base del tasso di cambio riscontrabile alla data della restituzione<sup>127</sup>. In sintonia con le indicazioni della Corte di Giustizia, la lacuna conseguente alla declaratoria di vessatorietà viene integrata sulla base dell'art. 125-*sexies*, comma 1 TUB, ai termini del quale «il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore»: dalla disposizione - che a ben vedere, nulla dispone in ordine alla valuta in cui deve essere restituito il finanziamento - si ricava una norma che permette al consumatore di restituire il capitale residuo, a lui erogato in euro, senza operare la duplice conversione prevista dal contratto [€/CHF alla data dell'erogazione; CHF/€ alla data del rimborso]. Di fatto, il mutuo indicizzato al franco svizzero viene convertito in un mutuo in valuta europea, con la conseguenza che il consumatore risulta protetto dal rischio di cambio e beneficia di un tasso di interesse più conveniente di quello mediamente praticato nei finanziamenti non indicizzati.

La Corte di Giustizia considera l'eventualità che, stante il carattere pregiudizievole della nullità del contratto per le ragioni del consumatore, la strada dell'integrazione non sia concretamente percorribile, perché nel diritto nazionale non sussistono regole di fonte legale idonee a sostituire la clausola abusiva. Al verificarsi di queste condizioni, l'abusività della clausola sembra non avere rimedio.

<sup>125</sup> Cfr. C. Giust. 3 maggio 2020, C-125/18, *Gómez del Moral Guasch*, [doc. 44] punti 64 s., 67. Come risulta dalla narrativa, il mutuo su cui verte la controversia che genera il rinvio pregiudiziale viene concluso nel luglio 2001, mentre la legge che sopprime il tasso di interesse delle casse di risparmio spagnole adottato dal contratto (IRPH) prevedendo la sua sostituzione, in mancanza di accordo delle parti, con altri tassi di interesse, è del settembre 2013 [ley 14/2013 *de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*].

<sup>126</sup> C. Giust., ord. 17 novembre 2021, C-655/20, *Gómez del Moral Guasch*, [doc. 22] punto 67.

<sup>127</sup> Cfr. ABF, Collegio di Coordinamento, 20 maggio 2015, n. 4135 [doc. 24]; ABF, Collegio di Coordinamento, 29 luglio 2015, n. 5866 [doc. 25].

Per evitare un esito tanto sconcertante, si ammette che il giudice possa rinviare le parti ad una trattativa definendone il quadro e i contenuti<sup>128</sup>. Il suggerimento viene espresso in relazione ad un contratto di mutuo che regolava abusivamente gli interessi corrispettivi, accordando all'istituto di credito la facoltà di modificarne il tasso sulla base di criteri che per la loro indeterminatezza rendevano la variazione difficilmente prevedibile. Se tuttavia la trattativa volta a ristabilire «l'equilibrio reale» tra professionista e consumatore fallisce, la clausola relativa gli interessi non può essere sostituita da una regola confezionata dal giudice: nel contesto della stessa sentenza si ribadisce, infatti, che la lacuna conseguente all'accertamento dell'abusività della clausola può essere colmata ricorrendo a norme di fonte legale, ma non agli usi o a regole elaborate dal giudice sulla base del principio di equità<sup>129</sup>.

Nel contesto di un'altra pronuncia, occasionata da una controversia relativa ad un contratto di finanziamento espresso in valuta straniera, si afferma che quando tutte le altre soluzioni non sono percorribili spetta al giudice nazionale fare in modo che il consumatore venga ricollocato «nella situazione in cui si sarebbe trovato se la clausola abusiva non fosse mai esistita»; per ottenere tale risultato, egli dovrebbe fare ricorso a «tutte le misure necessarie per tutelare il consumatore dalle conseguenze particolarmente dannose» che la nullità del contratto di finanziamento potrebbe produrre<sup>130</sup>.

L'impressione è che al verificarsi di una situazione che vede così limitati gli strumenti a disposizione del giudice nazionale la Corte gli permetta di gestire i rapporti patrimoniali intercorrenti tra le parti sulla base dei principi generali dell'ordinamento: quella suggerita al giudice nazionale non sembra essere altro che la soluzione «di ultima istanza» prevista dall'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale. Nella vicenda che origina il rinvio pregiudiziale il giudice nazionale aveva convertito il contratto di credito al consumo espresso in valuta straniera in un rapporto di finanziamento in valuta nazionale; neutralizzato così il rischio di cambio abusivamente imputato al consumatore, aveva ricalcolato gli interessi corrispettivi sulla base del tasso più elevato praticato nei rapporti di finanziamento espressi in valuta nazionale; constatato che il finanziatore aveva ricevuto una somma maggiore di quella a lui spettante in virtù di questa nuova configurazione del rapporto contrattuale, lo aveva condannato a restituire l'eccedenza al consumatore a titolo di arricchimento senza causa. La Corte di Giustizia, sia pure implicitamente, sembra avallare tale soluzione, che appare in linea con la connotazione residuale dell'arricchimento senza causa<sup>131</sup>.

Il profilo del rimedio che emerge dai precedenti della Corte si differenzia per molti aspetti da quello della nullità parziale «di diritto comune» (art. 1419 c.c.). Non essendo

<sup>128</sup> Cfr. C. Giust. 25 novembre 2020, C-269/19, *Banca B.SA*, [doc. 50] punto 42.

<sup>129</sup> Cfr. C. Giust. 25 novembre 2020, C-269/19, *Banca B.SA*, [doc. 50] punto 35.

<sup>130</sup> C. Giust. 31 marzo 2022, C-472/20, *Lombard Lizing*, [doc. 56] punti 57 s.

<sup>131</sup> C. Giust. 31 marzo 2022, C-472/20, *Lombard Lizing*, [doc. 56] punti 23, 58-60.

possibile in questa sede svolgere un confronto approfondito, ci limitiamo a segnalare i due tratti che lo caratterizzano più marcatamente rispetto al modello codicistico.

In sintonia con la connotazione protettiva del controllo di abusività previsto dalla direttiva, lo scioglimento dell'alternativa tra rimozione e conservazione del contratto [sia pure integrato da una norma legale] è rimesso alla volontà del consumatore, mentre nella logica del codice e dei suoi interpreti la legittimazione ad invocare la nullità totale spetta alla controparte del contraente che trae vantaggio dall'eliminazione di una o più clausole.

Il giudice, inoltre, non si limita a verificare se il contratto può resistere all'elisione di parte del suo regolamento, ma svolge un ruolo assai più attivo nella gestione del conflitto generato dall'abusività della clausola. È infatti tenuto ad informare il consumatore delle conseguenze della nullità per consentirgli di effettuare una scelta ponderata tra caducazione ed integrazione del contratto, mentre qualora entrambe le soluzioni non risultino percorribili viene sollecitato a favorire lo sviluppo di una trattativa tra le parti e ad attivare tutti gli strumenti che il suo ordinamento gli attribuisce. Gli è invece preclusa l'elaborazione di regole volte ad integrare il contratto privato della clausola abusiva.

Nei fatti, è accaduto che sotto la pressione dei rinvii pregiudiziali la Corte di Giustizia abbia delineato in pochi anni un nuovo regime della nullità. Come qualsiasi istituto, esso richiede di essere completato e migliorato, ma – considerata anche l'instabilità del contesto storico e politico in cui è stato elaborato – appare relativamente solido e coerente. Alla base delle soluzioni adottate possiamo identificare tre istanze fondamentali: assecondare l'efficacia deterrente della direttiva nei confronti dei professionisti che adottano clausole abusive [di qui, la preclusione verso la riduzione conservativa delle stesse clausole]; assicurare al contratto parzialmente nullo una cornice di regole che favorisca l'attuazione del rapporto [ciò che determina l'apertura all'integrazione mediante norme legali]; evitare il paradosso di una nullità che estendendosi all'intero contratto pregiudichi proprio gli interessi del consumatore [da cui l'obbligo di informare il consumatore presente in giudizio sulle conseguenze della nullità; il ricorso ad una integrazione legale di carattere "ortopedico"; la sperimentazione di soluzioni di ultima istanza].

## **7. Sostituzione della clausola abusiva con norme legali, ma solo se l'alternativa è una nullità penalizzante per il consumatore? Su *D.B.P.* e *Dexia Nederland***

Concludiamo l'indagine analizzando due recenti pronunce, apparentemente incompatibili con la ricostruzione proposta. Si è sostenuto che la giurisprudenza della Corte esclude la conservazione della clausola - sia pure modificata, o depurata delle sue componenti abusive - ma non la sua sostituzione con regole di fonte legale<sup>132</sup>. Nella motivazione delle due sentenze, invece, si leggono affermazioni che sembrano escludere

---

<sup>132</sup> V., *supra*, § 4.

l'applicabilità delle norme legali e dei rimedi da esse previsti a seguito dell'accertamento dell'abusività di clausole non essenziali per la sopravvivenza del contratto. L'analisi delle motivazioni, tuttavia, dimostra che le due pronunce non smentiscono la nostra ricostruzione; essa conferma, piuttosto, che la prospettiva volutamente ristretta adottata dalla Corte può ostacolare l'inquadramento delle questioni pregiudiziali ed impedire una corretta comunicazione delle relative soluzioni.

Se dunque allo stato attuale la giurisprudenza della Corte non impedisce l'applicazione di norme legali in sostituzione delle clausole abusive, ancorché esse non siano essenziali per la sopravvivenza del contratto, non si può escludere che in futuro si affermi un orientamento più restrittivo. È ciò che potrebbe accadere qualora l'affermazione in base alla quale *la sostituzione di una clausola abusiva con una norma legale è ammissibile solo allo scopo di scongiurare una nullità integrale del contratto pregiudizievole per il consumatore* venisse isolata dal contesto in cui è stata espressa. Originariamente orientata a definire il rapporto tra la nullità ed una forma di integrazione assai problematica come quella conseguente all'abusività di una clausola *essenziale*<sup>133</sup>, essa verrebbe convertita in una tanto rigida, quanto inopportuna preclusione nei confronti dell'applicazione di norme legali in sostituzione delle clausole *accessorie*: quelle che non definiscono i termini dello scambio, ma altri aspetti del regolamento contrattuale. Per contrastare questo rischio, è necessario promuovere una lettura della giurisprudenza della Corte che privilegi la dimensione del caso su quella della massima.

*D.B.P.* [doc. 4]<sup>134</sup> verte su una clausola di indicizzazione rinvenibile in un contratto di mutuo espresso in valuta straniera. In sintonia con lo schema già illustrato<sup>135</sup>, essa prevede che il capitale, erogato e restituito in valuta nazionale (*złoty* polacchi), venga convertito in franchi svizzeri sulla base del tasso di cambio applicato dalla banca al momento dell'erogazione, per essere poi riconvertito in valuta nazionale sulla base del tasso di cambio applicato dalla banca alla scadenza delle rate di rimborso. La clausola di indicizzazione, inoltre, subordina l'erogazione e il rimborso del mutuo espresso in valuta straniera al consenso della banca; quest'ultima, evidentemente, intende cautelarsi contro il rischio di un andamento a sé sfavorevole del tasso di cambio, che si verificherebbe se la valuta nazionale si apprezzasse su quella straniera.

<sup>133</sup> Cfr. C. Giust. 30 aprile 2014, C-26/13, *Kasler*, [doc. 9] punti 80-84. Dalla motivazione della sentenza - la prima ad ammettere la sostituzione di una clausola essenziale con una norma legale - risulta evidente che l'attenzione è focalizzata sulle condizioni che permettono il ricorso all'integrazione quale alternativa ad una nullità pregiudizievole per il consumatore. La Corte, in altri termini, ha enunciato un criterio di *selezione tra rimedi*, limitando il ricorso all'integrazione legale in sostituzione delle clausole essenziali all'ipotesi in cui la nullità del contratto possa pregiudicare il consumatore; non ha invece inteso circoscrivere il territorio dell'integrazione legale ammettendola solo in relazione alle clausole essenziali, ed escludendola rispetto a quelle accessorie.

<sup>134</sup> C. Giust. 8 settembre 2022, C-80-82/21 [doc. 4].

<sup>135</sup> V., *supra*, § 6.

Le questioni pregiudiziali sollevate dai giudici polacchi interpellano la Corte di Giustizia, in primo luogo, sull'ammissibilità di una declaratoria di abusività della clausola di indicizzazione circoscritta alla previsione del consenso della banca per l'attuazione del meccanismo di doppia conversione della valuta. Chiedono, poi, se la clausola di indicizzazione abusiva possa essere integrata dall'art. 358 del codice civile polacco, in base al quale le obbligazioni espresse in valuta estera possono essere adempiute in valuta nazionale, essendo applicabile a questi fini [non il tasso di cambio applicato dall'istituto di credito, come previsto dal contratto, ma] il «tasso di cambio medio fissato dalla banca nazionale polacca».

La Corte ribadisce l'orientamento contrario alla riduzione conservativa della clausola abusiva escludendo che la stessa possa permanere nel regolamento contrattuale depurata della parte che richiede il consenso della banca per l'attuazione del meccanismo di indicizzazione; esclude poi, sulla stessa linea, che il meccanismo di indicizzazione basato sul tasso di cambio applicato dalla banca possa essere sostituito, sulla base dell'art. 358 del codice civile polacco, con un analogo meccanismo di indicizzazione basato sul tasso di cambio medio fissato dalla banca nazionale.

In entrambi i casi si vuole evitare che la clausola permanga all'interno del regolamento contrattuale, sebbene modificata in relazione agli aspetti di più evidente abusività: la pronuncia, dunque, è in linea con l'orientamento che esclude la riduzione conservativa della clausola abusiva, ma non la sua sostituzione con le regole di fonte legale che sarebbero state applicate *in assenza di essa*. Senonché, tale posizione viene espressa affermando che il ricorso all'integrazione legale è ammissibile solo quando l'inefficacia della clausola abusiva può estendersi all'intero contratto con conseguenze pregiudizievoli per il consumatore, mentre se la sopravvivenza del contratto non è in discussione il giudice non può «sostituire» la clausola abusiva «con una disposizione suppletiva di diritto nazionale»<sup>136</sup>.

L'affermazione è ultronea, in quanto nel rispondere alla questione la Corte esclude la conservazione della clausola modificata nei suoi effetti da una regola che la assume quale parte integrante del regolamento contrattuale; non esclude, invece, la sostituzione della clausola con la regola che sarebbe stata applicabile *in assenza di essa*. Si tratta, poi, di un *obiter dictum*, in quanto la Corte è chiamata a pronunciarsi in ordine alle conseguenze della declaratoria di nullità di una clausola di indicizzazione, che in base alla sua stessa giurisprudenza può comportare la nullità dell'intero contratto<sup>137</sup>: date queste condizioni, si prospetta agli occhi del consumatore l'alternativa tra nullità e integrazione «ortopedica» della clausola essenziale.

Più complessa l'analisi di *Dexia Nederland BV* [doc. 32]<sup>138</sup>, caso originato dai rinvii pregiudiziali di due giudici olandesi che almeno fino a questo momento non sembra ave-

<sup>136</sup> Punto 69.

<sup>137</sup> Cfr. C. Giust. 5 giugno 2019, C-38/17, *GT-HS*, [doc. 18] punto 43.

<sup>138</sup> C. Giust., 27 gennaio 2021, C-229/19 e C-289/19 [doc. 32].

re suscitato molta attenzione nel contesto italiano<sup>139</sup>. La constatazione è sorprendente, perché il contratto oggetto della controversia che provoca l'interpretazione pregiudiziale della Corte – denominato «*leasing* di azioni» – presenta forti analogie con i contratti *4you* e *myway* diffusi nel contesto italiano, e dichiarati nulli dalla Cassazione in quanto [atipici, e] non meritevoli di tutela (art. 1322, comma 2 c.c.)<sup>140</sup>: non sembra anzi forzato affermare che *4you* e *myway* costituiscano la variante italiana del *leasing* di azioni approdato all'attenzione della Corte di Lussemburgo.

Questi i lineamenti dell'operazione. Un istituto di credito concede un mutuo a un consumatore che in genere percepisce lo stipendio o la pensione su un conto corrente aperto presso lo stesso istituto. L'erogazione del capitale, tuttavia, è solo virtuale, perché la banca conserva la disponibilità del denaro, che investe nell'acquisto di azioni delle quali accredita i dividendi al consumatore pur conservando la proprietà dei titoli [nella variante italiana, invece, i titoli, di proprietà del consumatore, sono dati in pegno alla banca]. Il contratto obbliga il consumatore a pagare mensilmente alla banca una rata che comprende la corresponsione di interessi e talvolta il rimborso del capitale; scaduto il termine finale, la banca vende le azioni sul mercato e accredita al consumatore il ricavato, previa deduzione del capitale e degli interessi ad essa dovuti sulla base del contratto di mutuo. L'operazione, dunque, comporta un sicuro vantaggio per la banca, che incassa gli interessi decorrenti sulla somma data a mutuo; risulta invece aleatoria per il cliente, che consegue un guadagno quando il ricavato della vendita dei titoli è superiore alla somma di capitale ed interessi, mentre subisce una perdita se il debito assunto con il contratto di mutuo eccede il valore di mercato dei titoli realizzato dalla banca.

Non di rado le implicazioni economiche di un meccanismo relativamente complesso come quello qui delineato non vengono chiaramente illustrate, sicché il consumatore può non esserne consapevole. In questa ipotesi il requisito della trasparenza non verrebbe rispettato, sicché sarebbe necessario valutare se le clausole che definiscono i lineamenti dell'operazione siano compatibili con i criteri della buona fede e del significativo squilibrio. Come sappiamo, tuttavia, la Cassazione italiana ha affrontato la fattispecie con gli strumenti del diritto comune, dichiarando nulli i contratti *4you* e *myway* a beneficio di tutti i clienti degli istituti di credito – consumatori e non – in quanto diretti a realizzare interessi non meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322, comma 2 c.c.): a rendere il contratto immeritevole di produrre effetti giuridici è, in particolare, il suo carattere unilateralmente aleatorio, in quanto al rischio assunto dal cliente fa riscontro un sicuro vantaggio acquisito dalla banca.

<sup>139</sup> V. tuttavia la sintesi di DE MAESTRI, *Le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori: dalla Corte di Giustizia una conferma degli orientamenti interpretativi consolidati*, in *Ann. contr.* 2021, Torino, 2022, 422 s.

<sup>140</sup> V., tra le molte, Cass., ord. 7 febbraio 2019, n. 3679 [doc. 57]; Cass., ord. 2 novembre 2017, n. 26057 [doc. 58]; Cass., ord. 27 ottobre 2017, n. 25630 [doc. 59]; Cass., ord. 29 febbraio 2016, n. 3949 [doc. 60]; Cass., ord. 10 novembre 2015, n. 22950 [doc. 61]; Cass., ord. 30 settembre 2015, n. 19559 [doc. 62].

Senonché, i giudici olandesi sottopongono all'attenzione della Corte di Giustizia non le previsioni che definiscono le prestazioni dovute in base al contratto, ma una clausola che regola le conseguenze della risoluzione anticipata del rapporto. In base ad essa, qualora il consumatore ometta il pagamento di una o più rate mensili o risulti insolvente, la banca può risolvere il contratto e procedere alla vendita dei titoli, accreditando al cliente il corrispettivo così ricavato. Per converso, l'istituto di credito può esigere dal consumatore il pagamento immediato del capitale e degli interessi dovuti in base al mutuo sottostante: e siccome grazie alla risoluzione anticipata del contratto la disponibilità della somma erogata e dei relativi interessi viene recuperata anticipatamente - per poter essere così reimpiegata sul mercato del credito - il contratto prevede che il debito del consumatore sia ridotto del 5% per ogni anno di durata residua del rapporto.

Anche nell'eventualità di una risoluzione anticipata, dunque, la banca consegue un sicuro vantaggio, corrispondente agli interessi esigibili sul capitale erogato. Il profitto ulteriore derivante dall'anticipata disponibilità di capitale e interessi che può reimpiegare fruttuosamente sul mercato del credito viene forfetariamente compensato riducendo il debito del consumatore di una percentuale verosimilmente inferiore rispetto al rendimento annuo delle somme di denaro acquisite prima della scadenza fisiologica del contratto. Il consumatore, d'altra parte, resta esposto al rischio che il valore dei titoli - realizzato senza indugio dalla banca, dunque in un momento potenzialmente sfavorevole - risulti inferiore al debito di capitale e interessi, sia pure ridotto nella misura del 5% per compensare il lucro conseguibile dalla banca grazie alla risoluzione anticipata del rapporto.

A ben vedere, la clausola sulla quale viene richiamata l'attenzione della Corte di Giustizia svolge una duplice funzione, alla quale corrispondono due componenti distinte: (a) la definizione dei crediti di cui sono titolari la banca [capitale+interessi] e il consumatore [ricavato della vendita delle azioni] riproduce semplicemente la causa del contratto sullo scenario della risoluzione anticipata, collocando le parti nella situazione in cui si sarebbero trovate qualora il rapporto fosse stato compiutamente attuato: essa concretizza, in altri termini, l'interesse positivo della banca e del consumatore, prevedendo la compensazione dei crediti che lo esprimono; (b) la riduzione del debito del consumatore nella misura del 5% per ogni anno di durata residua del contratto liquida il vantaggio patrimoniale conseguibile dalla banca a seguito della risoluzione anticipata del rapporto, in applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno*.

Ebbene, le questioni pregiudiziali sollevate dai giudici olandesi hanno ad oggetto il secondo aspetto della clausola (b), mentre la risposta della Corte appare almeno in parte focalizzata sul primo (a). L'affermazione compiuta dalla Corte in base alla quale a seguito della declaratoria di abusività della clausola la banca non potrebbe ottenere il risarcimento del danno conseguente alla risoluzione<sup>141</sup> - evidentemente contrastante con la nostra ricostruzione - si spiega in questi termini: essa costituisce il risultato di

---

<sup>141</sup> Punto 67.

un problema di comunicazione tra la Corte e i giudici nazionali. Alla stessa conclusione si deve pervenire in relazione all'affermazione generalizzante sulla base della quale la clausola abusiva non potrebbe essere sostituita «da una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva»<sup>142</sup> – qual era, nella specie, la previsione del codice civile olandese che prevedeva il risarcimento del danno da risoluzione (art. 6:277 BW)<sup>143</sup> – essendo tale operazione ammissibile solo qualora la nullità possa estendersi all'intero contratto, con effetti pregiudizievoli per il consumatore.

Entrambe le questioni pregiudiziali fanno riferimento alla giurisprudenza della Corte suprema dei Paesi Bassi (Hoge Raad der Nederlanden), in base alla quale la clausola relativa alle conseguenze della risoluzione contenuta nel contratto di *leasing* di azioni è abusiva in quanto determina forfeatamente il lucro conseguibile dalla banca grazie alla risoluzione anticipata del rapporto nella misura del 5%, laddove il rendimento annuo del denaro che la stessa banca può reimpiegare sul mercato del credito è mediamente superiore. In questa prospettiva, ci sembra, la clausola è abusiva in quanto sottostimando il lucro conseguito dalla banca per effetto della risoluzione prevede a carico del consumatore una penale eccessiva. Se l'abusività della clausola è limitata a questo profilo, non vi è dubbio che essa debba essere espunta dal regolamento contrattuale, non potendo essere conservata depurata della sua componente abusiva. È poi evidente che il contratto è in grado di sussistere anche in assenza della clausola, trovando applicazione in luogo di essa le regole di fonte legale che disciplinano le conseguenze risarcitorie e restitutorie della risoluzione: tra esse, anche quella che accorda alla parte non inadempiente il diritto di ottenere il risarcimento del danno, generalmente quantificato nella misura dell'interesse positivo. È questo, effettivamente, lo scenario delineato dalla giurisprudenza dell'Hoge Raad<sup>144</sup>.

Lo stesso scenario, tuttavia, lascia perplessi giudici di grado inferiore – quali la Corte d'Appello di Amsterdam e dell'Aja – che rivolgendosi alla Corte di Giustizia chiedono di chiarire i criteri sulla base dei quali una riduzione del debito del consumatore contenuta nella misura del 5% può ritenersi abusiva, considerato che la fisiologica durata del rapporto contrattuale avrebbe impegnato diversi anni; e di indicare se una volta dichiarata abusiva la clausola, la banca – parte fedele al contratto – sia legittimata ad esigere il risarcimento del danno conseguente alla risoluzione sulla base dell'art. 6:277 BW sebbene l'applicazione della disposizione possa risultare, in concreto, più sfavorevole al consumatore rispetto a quella della clausola abusiva.

Le perplessità delle due Corti d'Appello, e le questioni pregiudiziali che ne derivano, sono evidentemente alimentate da una congiuntura economica caratterizzata da una drastica riduzione del rendimento di mercato del denaro. Alla luce di essa, può effettivamente accadere che gli utili conseguibili dalla banca reimpiegando le somme antici-

<sup>142</sup> Punto 66.

<sup>143</sup> Cfr. art. 1453, comma 1 c.c.

<sup>144</sup> Punti 16-18.

patamente ottenute grazie alla risoluzione siano inferiori al 5%, sicché almeno in una certa fase la clausola non pregiudica, ma favorisce, gli interessi del consumatore; così come può accadere che il risarcimento del danno da risoluzione sia meno favorevole al consumatore della stessa clausola, in quanto rappresenta i vantaggi effettivamente conseguibili dalla banca mediante il reimpiego del denaro, per ipotesi – e limitatamente ad una certa fase – inferiori al 5%.

Ebbene, la Corte ribadisce che l'abusività della clausola deve essere valutata con riferimento alle informazioni di cui il professionista dispone al momento della conclusione del contratto<sup>145</sup>. Su questa base avrebbe potuto risolvere la questione, in modo piano e lineare, seguendo le coordinate ricavabili dalla sua stessa giurisprudenza: (a) se alla luce dei dati a disposizione della banca al momento della conclusione del contratto il rendimento di mercato del denaro non sarebbe potuto realisticamente scendere al di sotto del 5%, risultando anzi attestato su percentuali significativamente superiori, il consumatore può invocare l'abusività della clausola ed ottenerne la rimozione dal regolamento contrattuale; (b) qualora ritenuta abusiva, la clausola sulle conseguenze della risoluzione è integralmente inefficace, non essendo ammissibile che venga conservata nel regolamento contrattuale depurata del frammento che determina il lucro della banca nella misura del 5%; (c) se il consumatore fa valere l'abusività della clausola, risponde del proprio inadempimento in base alle norme legali applicabili *in assenza di essa*: dunque, sulla base dell'art. 6:277 BW, che prevede il risarcimento del danno da risoluzione; (d) il consumatore può opposti alla declaratoria di abusività se ritiene che l'applicazione della clausola sia più favorevole ai suoi interessi dell'inefficacia della stessa: sta a lui, allora, confrontare lo scenario conseguente all'applicazione della clausola con quello derivante dall'applicazione delle norme legali ed operare su questa base la sua scelta nel contesto processuale.

La risposta della Corte, invece, investe la clausola nel suo insieme, ben oltre il profilo sul quale i giudici del rinvio hanno concentrato l'attenzione. Il controllo di abusività – si afferma – deve essere condotto non solo alla luce delle informazioni di cui il professionista dispone al momento della conclusione dell'accordo, ma anche del rapporto tra la clausola esaminata e «tutte le altre clausole del contratto in questione»<sup>146</sup>: in questa prospettiva, qualora il contratto «sia per sua natura aleatorio, come nel caso de[l]... *leasing* di azioni», spetta al giudice nazionale «verificare che la clausola, tenuto conto dell'interazione con le altre clausole che fanno parte del contratto, non abbia come conseguenza una ripartizione molto iniqua dei rischi sopportati dalle parti»<sup>147</sup>.

Il terreno sul quale la Corte conduce la questione, e formula la relativa risposta, è sensibilmente diverso da quello delimitato dai due rinvii pregiudiziali, nessuno dei quali aveva evocato il tema dell'aleatorietà del contratto e della ripartizione dei rischi realizzata dalla clausola sulle conseguenze della risoluzione. Il giudice nazionale viene dunque

<sup>145</sup> Punti 52-54.

<sup>146</sup> Punto 58.

<sup>147</sup> Punto 59.

invitato a valutare non solo se il vantaggio patrimoniale conseguito dalla banca grazie alla risoluzione sia stato eccessivamente sottostimato dal contratto, ma anche e soprattutto se la clausola sottoposta a controllo abbia determinato una ripartizione iniqua dei rischi tra le parti del rapporto. L'attenzione si sposta così da un aspetto importante, ma non essenziale, dell'operazione economica, al suo fattore caratterizzante, potremmo dire alla sua causa: ciò che il giudice nazionale è sollecitato a valutare è l'equilibrio di una clausola che imputa al consumatore il rischio di subire una perdita patrimoniale – commisurata alla differenza tra il debito contratto con il mutuo e il valore dei titoli – mentre assicura alla banca un guadagno certo, rappresentato dagli interessi decorrenti sul capitale virtualmente erogato.

Occorre aggiungere che qualora la clausola sulle conseguenze della risoluzione venga ritenuta abusiva – in quanto non trasparente, e squilibrata a danno del consumatore – la nullità si estenderebbe necessariamente all'intero contratto. In questa diversa prospettiva, le ragioni che determinano l'abusività della clausola che regola lo scioglimento anticipato del rapporto sono le stesse che portano a ritenere abusive – qualora non trasparenti – le previsioni che fissano le prestazioni essenziali dovute dalle parti. Come si è detto, infatti, la clausola sottoposta all'attenzione della Corte di Giustizia si limita a proiettare la causa del contratto di *leasing* di azioni sullo scenario dello scioglimento anticipato del rapporto, con il solo correttivo rappresentato dalla quantificazione forfetaria del lucro conseguibile dalla banca per effetto dell'immediata esigibilità della somma dovuta. In definitiva, se la clausola che regola la risoluzione anticipata è abusiva in quanto determina una ripartizione gravemente squilibrata dei rischi e delle opportunità di guadagno, la sua nullità si estende necessariamente all'intero contratto. L'esito non sarebbe diverso da quello al quale perviene la Cassazione italiana in applicazione dell'art. 1322, comma 2 c.c.

Se la Corte di Giustizia avesse inteso percorrere fino in fondo la strada indicata ai giudici nazionali, avrebbe dunque affermato che la nullità della clausola sulle conseguenze della risoluzione, estendendosi all'intero contratto, lo rende integralmente nullo. Ed è per questo motivo che la banca non può esigere dal consumatore il risarcimento del danno conseguente alla risoluzione: siccome il rapporto contrattuale non si è validamente costituito, non si dà luogo a risoluzione né a risarcimento del danno, ma solo alla restituzione delle prestazioni eseguite. Il risarcimento del danno da risoluzione, in particolare, riprodurrebbe la struttura di un'operazione economica abusiva, in quanto squilibrata a favore del professionista e a danno del consumatore: necessario, dunque, escluderne l'applicazione.

Se letta in questi termini, l'affermazione della Corte può essere condivisa. Non, invece, se confrontata con altri enunciati rinvenibili in motivazione, e caratterizzati da un precipitoso ritorno entro i confini tracciati dalle questioni pregiudiziali: tanto da suscitare l'impressione che la Corte abbia inteso ridimensionare la portata della deviazione dal tracciato dei provvedimenti di rinvio ricollocandola entro una rassicurante cornice di normalità burocratica. Di qui il riferimento al «fascicolo» del procedimento, dal quale «risulta che i contratti di *leasing* di azioni di cui al procedimento principale possono sus-

sistere senza la clausola abusiva»<sup>148</sup>: affermazione compatibile con la prospettiva dell’Hoge Raad olandese – incentrata sul vantaggio patrimoniale conseguibile dalla banca grazie alla risoluzione anticipata del rapporto – e non con l’invito a valutare l’equilibrio dei rischi sopportati dalle parti formulato nel corso della stessa motivazione. Di qui, ancora, l’implicazione in base alla quale siccome il contratto è in grado di resistere alla declaratoria di nullità della clausola il giudice non potrebbe sostituirla con la norma nazionale che prevede il risarcimento del danno da risoluzione<sup>149</sup>. Confidiamo di aver dimostrato che tale affermazione è non solo criticabile per gli esiti ai quali conduce, ma anche incoerente con la stessa giurisprudenza della Corte.

## ABSTRACT

Il saggio analizza gli scenari che conseguono alla declaratoria di abusività delle clausole contenute nei contratti di consumo, focalizzando l’attenzione sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE. Premessa una ricostruzione dei criteri che orientano il sindacato del giudice - volta a identificare quali aspetti dello stesso possano dirsi effettivamente armonizzati - viene condotta una valutazione differenziata in ragione delle caratteristiche della clausola ritenuta abusiva. Quando quest’ultima non definisce un aspetto essenziale dell’operazione economica, sicché il contratto è in grado di resistere alla sua rimozione, trova applicazione la nullità parziale necessaria che costituisce l’esito ordinario del giudizio di abusività. Si ritiene, allora, che alla declaratoria di nullità della clausola consegua senz’altro l’integrazione del regolamento contrattuale con una norma di fonte legale. L’affermazione, ricorrente nella giurisprudenza della Corte, in base alla quale l’abusività della clausola comporta esclusivamente la sua soppressione, preclude la riduzione conservativa della clausola: non, invece, la sua sostituzione con le norme che sarebbero state applicate in assenza di essa. La situazione è diversa quando la clausola definisce un aspetto essenziale dell’operazione economica, come il bene o il servizio fornito dal professionista o il corrispettivo dovuto dal consumatore; al verificarsi di queste condizioni, si configura un’alternativa tra la nullità dell’intero contratto e la sua integrazione “ortopedica” mediante regole di fonte legale. Il saggio effettua un’analisi critica della giurisprudenza della Corte di Giustizia, che sotto la pressione dei rinvii pregiudiziali prevalentemente effettuati da giudici spagnoli e dell’Est europeo ha elaborato nell’arco di pochi anni un nuovo assetto dei rimedi conseguenti all’esito positivo del controllo di abusività.

*The essay investigates the scenarios that unfold when a term in a consumer contract is regarded as unfair, focusing on the European Court of Justice case law. After providing an overview of the criteria based on which a term may be regarded as unfair - with the aim of identifying which aspects of the judicial assessment are truly harmonized in the Euro-*

---

<sup>148</sup> Punto 65.

<sup>149</sup> Punto 67.

*pean legal systems - the author introduces a distinction based on the features of the term regarded as unfair. When such a term does not lay down essential obligations, the contract will continue to bind the parties, provided it can withstand the deletion of the unfair term. It is submitted that when a term is regarded as unfair it will necessarily be replaced with a legal provision of national law. When the ECJ rules that the unfair term must be removed - and not modified, nor partially saved - it prevents the national judge from adjusting such a term by revising its content or deleting a part of it (the one which is deemed unfair), but not from replacing it with the legal provisions that would have been applied if the term had not be drafted by the seller or the supplier. The situation is different when the unfair term lays down essential obligations, as it may happen when it sets out the features of the goods or services provided by the seller or supplier, or when it sets the price owed by the consumer. Under these conditions, it is up to the consumer to choose between the annulment of the entire contract or the replacement of the unfair term with a legal provision. The essay carries out a critical analysis of the judgements of the ECJ, which under the pressure of preliminary rulings mostly requested by Spanish and Eastern European judges has developed in a few years a new framework of remedies.*