



Trent'anni di direttiva 93/13, postvessatorietà restitutoria ed il vuoto di un'interpretazione conforme a tutto tondo



Stefano Pagliantini

SOMMARIO: 1. Schegge di norme: quale statuto per le restituzioni nella direttiva 93/13? – 2. Il diritto della Corte: interferenze e sovrapposizioni, con l'appendice delle Conclusioni nella causa C-520/21 (*Bank M. SA*). – 3. Chiosa finale: spunti da *X Bank S.A.* (C-6/22) e di *Caixabank SA* (C-565/21).

1. Schegge di norme: quale statuto per le restituzioni nella direttiva 93/13?

1. È incontrovertibile che il rinvio pregiudiziale, «sotto il profilo rimediabile», si vengano a palesare come «una innovativa tecnica di difesa»¹. Epperò, per quanto la dottrina contemporanea sia perfettamente consapevole del carattere ideologico – politico dell'istituto, permane nitida la sensazione che talora sia tutt'altro che agevole avvicinarsi a ricostruire, nel sempre più tumultuoso accavallarsi di pronunce, quell'*interpretazione conforme* dinanzi alla quale, per il giudice nazionale, dovrebbe schiudersi l'*aut-aut* fra (un'euro) compatibilità ed (un'euro) incompatibilità della regola da applicare al caso in decisione. È un problema, notiamo, che si prospetta più frequentemente di quanto sia abituale pensare, alimentando a cascata un senso di smarrimento dell'interprete che, in taluni contesti, diventa oltremodo stringente. Dalla sentenza *Lombard Pénzügyi és Lízing Zrt c. PN* (C-472/20) apprendiamo per es. che il giudice nazionale, pure quando abbia accertato che *non è possibile* il ripristino della situazione in cui le parti si sarebbero trovate

¹ Così, plasticamente, PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, II, *Fonti e interpretazione*, Napoli, 2020, 150.

se il contratto, caduto per l'abusività di una clausola relativa al suo oggetto principale, non fosse stato concluso, ha comunque l'*obbligo*, leggiamo, di "vigilare affinché il consumatore si trovi in definitiva nella situazione in cui si sarebbe trovato [a versare] se la clausola giudicata abusiva non fosse mai esistita". La formula è ben poco chiara: ma il giudice, come si scrive, sembra conservare un certo «*marge de manoeuvre*»². Operativamente, stando al dire della Corte, gli interessi del consumatore potrebbero infatti venire qui salvaguardati sancendo il rimborso, a titolo di arricchimento senza causa, delle somme indebitamente percepite dal finanziatore sulla base della clausola dichiarata abusiva.

Orbene, premesso che, a seguire un siffatto esito argomentativo, il risultato che si ottiene è quello di un rimedio restitutorio *dissimmetrico*, *quid iuris* se a cadere sia un contratto di prestazione professionale quando, per l'essere stata la prestazione eseguita, non sia possibile rimettere le parti nella situazione in cui si sarebbero trovate se il contratto non fosse stato concluso? Nelle sue Conclusioni alla causa C-395/21 (*D.V. c. M.A.*), ove a mostrarsi abusiva era la clausola fissante il compenso per un'attività di consulenza legale, l'AG Szpunar muove dalla premessa che la 93/13, avendo come obiettivo la tutela dei consumatori, *non contempla* un livello di protezione del professionista per il caso in cui *il contratto cada*. Di qui la deduzione che, se il ripristino dello *status quo ante* non è possibile perché i servizi legali prestati *non sono restituibili*, il combinato disposto degli artt. 6 e 7 *non opera alla rovescia*, legalizzando cioè un'*integrazione del contratto* in modo che il professionista possa ottenere un *compenso* per l'attività prestata. *Nessuna integrazione dispositiva*: il ripristino dello *status quo ante* è invero contemplato, leggiamo, affinché l'accertamento della vessatorietà non si risolva in un vantaggio simbolico per il consumatore. Il che niente ha a che spartire con un'integrazione che sarebbe invece ivi finalizzata a *restaurare* la parità tra i diritti e gli obblighi delle parti. Di conseguenza, *sic stantibus rebus*, non è sorprendente, che si raccomandi un'interpretazione legittimante il giudice a *rigettare integralmente* la domanda del professionista di condanna del consumatore al pagamento del compenso per i servizi legali resi. La direttiva 93/13, prosegue l'AG, "non impone una sorta di "salvataggio" del contratto dalla caducazione" *in favore del professionista*: ed è *eurocompatibile* una normativa nazionale che caduto il contratto, *non attribuisca* alcun compenso al professionista sleale che abbia prestato i servizi legali. Da un lato *Kasler docet*, l'integrazione suppletiva cioè, in luogo di clausole abusive essenziali, è vicenda di stretta pertinenza delle fattispecie dischiudenti una caducazione del contratto che comporterebbe delle conseguenze restitutorie "particolarmente dannose" *per il consumatore*; dall'altro, sebbene il *come* del ripristino sia materia di pertinenza del diritto nazionale, non si potranno avere, detto ellitticamente, degli effetti di una declaratoria di nullità totale che cozzino con l'obiettivo di una 93/13 pur sempre finalizzata a bandire l'inclusione, nei contratti predisposti, di clausole abusive. Tecnicamente, insomma, sebbene importi un *arricchimento* per il consumatore, una *gratuità* del contratto nullo ese-

² Così POILLOT, *Droit de la consommation*, in *Journal de droit européen*, 2022, 407.

guito si armonizza con «l'obbiettivo deterrente perseguito dalla direttiva»³: e, notiamo, non è una logica estemporanea, se è vero che prima si era già affacciata, in modo insidioso, nella sentenza *Banca B.*⁴, ove la Corte, oltre a statuire che la direttiva 93/13 “non mira a raccomandare soluzioni uniformi” quanto alle conseguenze prodotte da una declaratoria di nullità (§ 39), aveva chiosato che la coppia *mera disapplicazione e sostituzione per via dispositiva*, pur se idonea a soddisfare la *ratio* della direttiva, “non [ha un] carattere esaustivo” (§ 40). Il che, pur se non mette in mostra chissà quale slancio speculativo, ci restituisce a sua volta un enunciato dal quale si deduce che *tanto* la fattispecie del contratto mutilato *quanto* quella del contratto integrato garantiscono il restaurarsi del pristino stato mediante un'obbligazione restitutoria che *unilaterale* lo è in quanto il consumatore ha il diritto di ripetere quanto abbia *indebitamente* corrisposto. *Né più e né meno quindi, in pendenza del contratto, di un effetto restitutorio riguardante gli importi pagati in base alla clausola abusiva*⁵. Chi adesso legga uno dei dispositivi di *D.V. c. M.A* noterà agevolmente come la traccia disegnata dall'AG, quanto alla legittimità di uno scenario che “*conduit à ce que le professionnel ne perçoit aucune rémunération pour ses services*”⁶, è seguita alla lettera da una Corte accantonante il problema di un ingiustificato arricchimento.

Dopo di che, è vero, in C-395/21 l'AG si rappresenta la variabile di un diritto nazionale che, nonostante la nullità del contratto, contempli l'effetto di una pretesa del professionista al *controvalore* per i servizi prestati: il che, senza correttivi, potrebbe esporre al paradossoso di una caducazione del contratto riproduttiva, in danno del consumatore, della situazione alla quale “la direttiva 93/13 mira a rimediare”⁷. Di qui, al fine di ovviare ad una nullità totale particolarmente penalizzante per il consumatore, lo schema di un *salvataggio* del contratto comportante il pagamento al professionista di un compenso, per l'attività legale prestata, pari al *prezzo minimo* di tali servizi secondo il tariffario nazionale di riferimento. È appena il caso di rammentare che, in nessuno dei luoghi citati, è menzionato l'art. 38 della Carta, segno inequivocabile di quanto la nomenclatura della Corte rigetti, dicevamo⁸, il maneggiare un principio fondamentale quale fattore che, *prima* anco-

³ Conclusioni dell'AG Szpunar nella causa *D.V. c. M.A.*, §§ 69 e 71.

⁴ C. giust., 25 novembre 2020, causa C-269/19.

⁵ C. giust., 29 aprile 2021, causa C-19/20, *Bank BPH S.A.*, §§ 51, 88 e 90; C. giust., 16 luglio 2020, cause riunite C224/19 e C259/19, cit., § 53; C. giust., 9 luglio 2020, cause riunite C-698/18 e C-699/18, *SC Raiffeisen Bank SA e BRD Groupe Societé Générale SA c. JB e KC*, § 54.

⁶ C. giust., 12 gennaio 2023.

⁷ Conclusioni, cit. § 74.

⁸ V., nel senso del testo, PAILLER, *Applications et potentialités de la Charte des droits fondamentaux en droit civil. Aspects substantiels*, in *RDLF*, 2022, *Chron.* n. 49, 3 che, non a caso, discorre di un art. 38 che «*conforte les raisonnements mais n'est pourvu d'aucun effet quant à la solution retenue*». È apparente l'eccezione che, *prima facie*, si legge in *Bondora*, C. giust., 19 dicembre 2019, cause riunite C-453/18 e C494/18, nel quale la Corte ha sì statuito che l'art. 7, § 2, ll. d) ed e), del Regolamento (CE) n. 1896/2006, istitutivo di un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, deve intendersi in modo da conformarlo allo standard protettivo dell'art. 38 epperò nella maniera in cui questo grado di tutela è, a sua volta, *concretizzato* dagli artt. 6 e 7 della dir. 93/13. Di qui il principio di dirit-

ra di selezionare la norma applicabile secondo i casi, (*pre*)*orienti* i processi interpretativi: anche l'esclusione di un esborso del consumatore parametrato alla corresponsione di un *compenso ragionevole*, superiore alla tariffa minima perché rapportato ad un contesto circostanziale commisurato per es. alla complessità del caso e/o alla situazione finanziaria del consumatore, non è impiantato dall'AG sul presupposto di una *massimizzazione della tutela* bensì sulla circostanza che una tariffa minima, oltre a non disincentivare il consumatore dall'agire in giudizio, dischiude un *effetto deterrente* sul professionista. Se non la migliore, crediamo sia l'ennesima riprova che la *fundamentalisation* della protezione consumerista sia avvenuta in maniera non soltanto *«inattendue»* ma pure estemporanea⁹. Soltanto in apparenza, notiamo, chi dovesse replicare scrivendo di una Corte che ha recentemente statuito di «un'efficacia diretta dell'art. 47 [della] Carta ... anche nei rapporti interpretati a cui si applicano norme dell'Unione»¹⁰, smonterebbe il nostro dire. Vero è, naturalmente, che *Egenberger*¹¹, mostrando così di voler flirtare apertamente con la *Drittwirkung*¹², è inequivocabile nello statuire che, al pari dell'art. 21, l'art. 47 della

to, prodromico ad una declaratoria di euroincompatibilità del § 2 della ventitreesima disposizione finale della [LEC], per cui il giudice adito è legittimato a richiedere al creditore quelle informazioni complementari, relative alle clausole del contratto invocate a fondamento del credito preteso, repute utili ad effettuare un controllo d'ufficio del loro carattere potenzialmente abusivo. Anziché sparigliare la sentenza è infatti iterativa nella parte in cui decreta che, quando convenuto sia un consumatore, il giudice, investito della domanda di ingiunzione, debba osservare un elevato livello di protezione. Come si legge nel § 51, una “*diversa interpretazione* dell'articolo 7, paragrafo 2, lettere d) ed e), del regolamento n. 1896/2006 sarebbe tale da consentire ai creditori di *eludere* le esigenze che derivano dalla direttiva 93/13 e dall'articolo 38 della Carta” (c. vo aggiunto). Spunti analoghi si ricavano da C. giust., 28 novembre 2018, *PKO Bank Polski*, C- 632/17, § 49. Come si legge nelle Conclusioni dell'AG Sharpston, “il potere di controllo del giudice deriva *implicitamente* e *necessariamente* dalla *direttiva 93/13*, come interpretata dalla Corte. Si tratta pertanto di un requisito che trae origine *direttamente* dal *diritto dell'Unione ...*” (§ 127). Dopo di che tutto si può pensare tranne che sia consentito “ai creditori privi di scrupoli di aggirare la disciplina imperativa sancita dalla direttiva 93/13 grazie al ricorso alla procedura semplificata del regolamento n. 1896/2006” (§ 134). Un'interpretazione siffatta, com'è evidente, non permetterebbe di garantire il livello elevato di protezione dei consumatori previsto dall'articolo 38 della Carta, “in particolare dal punto di vista dei loro interessi economici”.

⁹ L'aggettivo è di PICOD, *Article 38. Protection des consommateurs*, in PICOD, RIZCALLAH e VAN DROOGHENBROECK (a cura di), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, 2020², 951.

¹⁰ IAMICELI, *Effettività delle tutele e diritto europeo: il ruolo del giudice nel prisma della Carta dei diritti fondamentali*, in *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria*, a cura di IAMICELI, Napoli, 2020, 16 s.

¹¹ C. giust., 17 aprile 2018, causa C-414/16, *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung*

¹² Il che riceve il plauso entusiastico della COLOMBI CIACCHI, *The Direct Horizontal Effect of EU Fundamental Rights*. ECJ 17 April 2018, Case C-414/16, *Vera Egenberger v Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.* and ECJ 11 September 2018, Case C-68/17, *IR v JQ.*, in *EuConst.*, 2019, 15: 294–305.

Carta è “sufficiente di per sé e non deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell’Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli un diritto invocabile in quanto tale”¹³. Se non fosse che quanto si legge nel § 78, e cioè di un diritto fondamentale ad una tutela giurisdizionale effettiva che *da sé* è idoneo a produrre un *effetto orizzontale diretto*, va poi contestualizzato sulla scorta di quanto si scorge in quel § 79 nel quale la Corte non è meno stentorea nell’evidenziare che l’*orizzontalità diretta* dell’art. 47 diventa rilevante soltanto “se necessario”, e cioè laddove il giudice nazionale non possa assicurare la “piena efficacia” dell’art. 47 *indirettamente*, dunque per via dell’interpretazione. Al netto che allora sembra di trovarsi dinanzi ad una *Mangold* rivisitata, scrivere che *Egenberger* proclama la valenza dell’art. 47 quale fattispecie costitutiva di un *effective judicial protection as a fully-fledged right*, con l’*addendum* che la Corte ha ivi pure sancito la compatibilità dell’effetto diretto (orizzontale) del suddetto articolo con l’obbligo dei tribunali nazionali di bilanciare tra diritti fondamentali concorrenti¹⁴, dischiude perciò una mezza verità in quanto la Corte posterga, in realtà, l’effetto diretto ad una illustrazione sistematica dei parametri che presiedono al *prius* di un *effetto indiretto*. Non a caso, tornando all’altro dispositivo di *D.V.*, sentenziare che il diritto dispositivo è soltanto ancella di un consumatore penalizzato da una nullità totale particolarmente pregiudizievole (§§ 62-64), nuovamente, e più di ogni altra riflessione, ci rivela come sia difficile tracciare una linea di demarcazione netta tra interpretazione conforme ed effetto diretto.

2. Il diritto della Corte: interferenze e sovrapposizioni, con l’appendice delle Conclusioni nella causa C-520/21 (*Bank M. SA*)

Preso atto che l’intermezzo lituano è un impasto di pura ortodossia consumeristica, dovrebbe apparire evidente quale sia, in un contesto siffatto, il *punctum crucis*: siccome non esiste, a livello di legislazione unionale, uno statuto *restitutorio di protezione* che si affianchi ad una nullità unilaterale, almeno se ne intravede un abbozzo per via giudiziale?

A censire la c.d. dottrina delle Corti, notiamo come l’impressione che ci sembra plausibile trarre sia quella di un’alchimia di *frammenti sparsi*: tanto è vero che, proprio per la carenza di un siffatto apparato, si *integra* il contratto che cadrebbe quando le pretese restitutorie del professionista penalizzerebbero il consumatore che, a sua volta, *non abbia acconsentito* ad una siffatta declaratoria di nullità. È una “*possibilità eccezionale*” come di recente la etichetta, a sua volta, la corposa *E.K., S.K. c. D.B.P*¹⁵ sulla scia del precedente di *Dziubak* (§ 48), da valutarsi sulla base del contesto circostanziale esistente o prevedibile al momento della controversia¹⁶. Il *salvataggio* del contratto diventa così una *forma di correttivo*, nell’economia argomentativa della Corte, alla *neutralità* connotante la

¹³ C. vo nostro.

¹⁴ Così COLOMBI CIACCHI, *op. ult. cit.*, 305.

¹⁵ C. giust., 8 settembre 2022, cause riunite da C-80/21 a C-82/21, § 67.

¹⁶ C. giust., 8 settembre 2022, *cit.*, § 74.

disciplina restitutoria di diritto comune. Epperò, e qui sta il punto, con un'insidia prepotente che rimane in agguato: *quid* nel caso di una nullità totale, che sia penalizzante per il consumatore, il quale non vi acconsenta, se però in pari tempo difettano delle disposizioni suppletive che, in quanto destinate a sostituirsi alle clausole abusive soppresse, opererebbero il salvataggio del contratto? Non va sottaciuto che l'inciso di *E.K., S.K.* in realtà costituisce un *obiter* perché, siccome i mutuatari avevano ivi *assentito* ad una nullità totale del contratto, la Corte, pur dando atto che difettavano delle norme nazionali suppletive, mette in esergo come il rinvio pregiudiziale l'avesse investita "a priori" (§ 76) su di una questione complanare estranea al *thema decidendum* (§§ 77-78). Non a caso il suo recitativo che, in replica al quesito se il *salvataggio* di un contratto possa praticarsi per il tramite di un'integrazione giudiziale condotta per via equitativa, se da un lato recisa-mente rinnova l'esclusione di un rimedio alle lacune che non sia per via suppletiva o per un accordo tra le parti, dall'altro tace sul *quomodo* delle obbligazioni restitutorie. Il dubbio, riteniamo, era stato alimentato dal fatto che, in precedenza, *Topaz*¹⁷, con un dire che sfiora l'enigmatico, aveva sdoganato, al fine precipuo di proteggere il consumatore dalla penalizzazione di una nullità totale, un intervento giudiziale sul contratto, nei limiti in cui non pregiudichi l'efficienza della dir. 93/13, onde realizzare, leggiamo, gli obbiettivi della stessa: mentre l'ultimo arresto di questo catalogo, cioè *OTP Jelzálogbank e a*¹⁸, non meno allusivamente, discorre di una volontà del consumatore postergata ad una valutazione giudiziale sull'attitudine della normativa nazionale a ripristinare "la situazione di diritto e di fatto in cui il consumatore si sarebbe trovato in assenza di una clausola abusiva" (§ 50).

Dunque, al netto di una (inconfutata) inefficacia originaria della clausola abusiva, manca l'occorrente minimo utile a che una Corte nazionale modelli il post-vessatorietà restitutorio su di un'interpretazione conforme autonoma che faccia da scudo. Se sussidiariamente entra in gioco la regola nazionale del diritto primo, ciò significa che le parti del contratto hanno il diritto di chiedersi reciprocamente la restituzione dell'equivalente di tutte le prestazioni indebite effettuate in esecuzione del contratto caduto. Il che, per un mutuate, che ha diritto alla restituzione del capitale messo a disposizione del consumatore, comporta senz'altro l'obbligo di restituire al mutuatario le somme ricevute a titolo di rimborso delle rate di mutuo *in eccesso* rispetto a quelle dovute, secondo un ammontare comprensivo naturalmente degli interessi legali di mora per il periodo decorrente dalla richiesta di restituzione. *Quid* però, come si fa notare in *Bank M.* (C-520/21), per ulteriori pretese delle parti, mai essendosi la Corte pronunciata sulla possibilità che l'una e l'altra facciano valere crediti restitutori nell'ordine **a)** "in relazione all'utilizzo extracontrattuale del capitale", **b)** alla "perdita della possibilità di ottenere profitti a causa della temporanea impossibilità di utilizzare il proprio denaro", **c)** "ai costi finanziari e organizzativi sostenuti in relazione all'esecuzione del contratto, nonché **d)** alla "diminuzione

¹⁷ C. giust., 24 novembre 2019, causa C-211/17.

¹⁸ C. giust., 2 settembre 2021, causa C-932/19.

del potere d'acquisto del denaro nel tempo”? Vieni da sé che, principalmente in un’ottica di *deterrenza* che fa premio sul “di protezione”, dando così voce alla precomprensione che la banca *non* può trarre un *profitto* dalla propria *slealtà precontrattuale*, può reputarsi infondata una sua pretesa in relazione al fatto che il consumatore abbia potuto utilizzare il capitale o che essa abbia dovuto sostenere determinati costi in relazione alla gestione del mutuo. Epperò, domanda che sorge per riflesso spontanea, un *pari diniego* vale pure per il *consumatore* che, se potesse percepire un *surplus*, rispetto ovviamente al rimborso delle rate del mutuo e delle spese, delle commissioni e dei premi assicurativi pagati *medio tempore*, si troverebbe a maturare un *profitto ingiustificato* e contrario al principio di proporzionalità? A ragionare così, non sarebbe fondato, come ancora si legge in *Bank M.*, l’obbligo del professionista di “pagare una remunerazione per il fatto di aver utilizzato, senza un fondamento giuridico, il capitale messo a sua disposizione dal consumatore”. Nulla *quaestio* naturalmente, come si legge nelle conclusioni dell’AG Collins, che le nozioni di “prestazione indebita” e di “arricchimento senza causa” abbiano un contenuto ampio potenzialmente inclusivo di *tutte* le pretese che vadano ad impingere sull’utilizzo interinale di una somma di denaro non provvisto di una “giustificazione contrattuale” (§ 20): e tuttavia, scartata per una banca la cui pretesa restitutoria non può andare, se non pena una patente eterogenesi dei fini¹⁹, *oltre* il cumulo degli interessi legali di mora, ci suonerebbe altrettanto distonico ritenere che invece sussista una *legittimazione generale* del consumatore a domandare pretese patrimoniali *ulteriori* a quelle basiche, cioè *additive* alla restituzione degli adempimenti effettuati in sede di esecuzione del contratto. È vero che l’AG rimarca come l’ammissione di una siffatta pretesa avrebbe una funzione sia *proattiva* che *dissuasiva*: a quanto ci costa a venire fatta salva è però la *sola* via di fuga di un consumatore che, nonostante la restituzione delle rate mensili indebite, venisse a versare in una situazione patrimoniale peggiore “a causa di tale contratto”. Verrà così facile comprendere che la suddetta fattispecie rientra a pieno titolo nel caso di un *inesatto ripristino* della situazione antecedente all’accertamento della vessatorietà, con un arricchimento ingiustificato che, in difetto, verrebbe lucrato dal professionista. La c.d. pretesa ulteriore qui, perciò, non sporge e neanche è ingabbiabile nello stampo dell’art. 8 della 93/13: anziché un problema di un *più elevato* livello di protezione del consumatore, la fattispecie abbozzata presenta invero i tratti di una tutela che, al fine dell’aversi una piena restaurazione *ex tunc*, si avvale della stampella di un diritto comune che concorre, *in via integrativa*, a garantire quello standard di protezione minima che è comandato dalla 93/13. Niente più però, diremmo, di un concorso ad un *rétablissement* altrimenti incompleto idoneo ad importare un trattamento *in peius* per il consumatore.

Il seguito di *Bank M.* sarà per altro *mBank S.A.*²⁰, posto che, in una cornice di tal fatta, è altamente sospetta di *euroincompatibilità* la sentenza della Corte di Cassazione polacca

¹⁹ Atteso che una normativa nazionale “non può modificare la portata né, di riflesso, la sostanza di tale tutela”: così Conclusioni dell’AG Collins (§ 41).

²⁰ Causa C-140/22 (ancora pendente).

recitante di un diritto del consumatore al rimborso delle prestazioni eseguite in base a un contratto di mutuo nullo ridotto di un importo equivalente agli interessi sul capitale che sarebbero spettati alla banca qualora il contratto di mutuo si fosse mostrato *valido*. Qui, per la verità, affiorerebbe un rilievo anche più costruttivo: ad ammettere infatti che il mutuante possa domandare un pagamento per l'utilizzo extracontrattuale del capitale, l'effetto che si otterrebbe è quello di un disincentivo ad agire dei consumatori giacché costoro, pur consapevoli dell'illecito subito, si asterrebbero per lo più dall'impugnare il contratto nel timore che ingente fosse la somma da corrispondere al finanziatore. Il che, a cascata, innescherebbe l'effetto, non meno perverso, di vanificare gli obiettivi propri della direttiva 93/13.

Così rettificato il discorso, non è però che vada meglio se il *focus* si concentra sull'esperienza materializzatasi nel campo del diritto nazionale italiano. Pur se sbreccata e parziale, la precomprensione europea finisce infatti per gettare più di un'ombra sulla regola, di fattura giurisprudenziale allignata e cresciuta sul terreno delle c.d. nullità selettive ex art. 23 T.U.F., accreditata da quelle S.U. 28314/2019 fattesi artefici, come si sa, del *principio* che la reciprocità restitutoria *non sia* un attributo della nullità di protezione, il cui statuto si comporrebbe viceversa di una *doppia deroga*, una *testuale*, ricompresa nell'art. 1421 c.c., l'altra *virtuale*, insita a sua volta nel combinato disposto degli artt. 1422 e 2033 c.c., quando si congiunga allo scopo della norma violata. La *ripetibilità unilaterale*, in questa versione, sarebbe una caratteristica *tipica e costitutiva* della figura della nullità di protezione, rampollate direttamente, come le S.U. hanno accreditato, dal suo operare soltanto *a favore* della parte specificamente protetta dalla stessa. Dopo di che, siccome la riserva di legittimazione impedirebbe di esercitare una *condictio indebiti* rispetto agli ordini non impugnati, il professionista intermediario potrebbe soltanto, nell'ottica risaputa delle S.U., opporre un'eccezione di buona fede oggettiva paralizzante gli *effetti in esuberano* della declaratoria di nullità delle operazioni (di investimento) selezionate. Soltanto, infatti, *se un pregiudizio sussiste*, per le S.U. si dà un investitore che abbia agito in maniera coerente con la funzione tipica delle nullità di protezione. Nella fattispecie opposta invece, quando cioè il profitto delle operazioni non selezionate risultasse superiore al pregiudizio del *petitum*, quel che si verrebbe a dare sarebbe un contraente *in bonis*: ed allora la *ripetizione unilaterale* si convertirebbe in un'*irripetibilità bilaterale*. Diversamente, sempre per le nostre S.U., ci sarebbe un'*iperprotezione* dell'investitore e, di riflesso, un'*overdeterrence* nei confronti dell'intermediario. In questa versione, in quanto nullità unilaterale, il *di protezione* andrebbe perciò modularizzato *ex fide bona* onde evitare che sporga.

Ebbene che un siffatto recitativo non trovi un riscontro nel dire della Corte di giustizia è smaccato: il suo *di protezione*, come i due casi sopra citati evidenziano, introduce la raffilatura di una vicenda extracompensativa premiale per il consumatore. Non a caso la critica più tagliente che si è rivolta alle S.U. non è stata che una deroga al regime bilaterale degli artt. 2033 ss. c.c. o ha una sua testualità oppure rimane una lacuna assiologica quanto e piuttosto quella di esplicitare una venatura di *euroincompatibilità* giacché una *nullità mitigata*, visto che non sarebbe di per sé assistita da una *retroattività piena o forte*,

non si paleserebbe più a guisa di una nullità *ex post* sospesa tra *rimedio* e *sanzione*²¹. Diversamente dalle S.U., la Corte di giustizia *non dimidia*, questo è il succo della critica, l'interesse opportunistico del consumatore in quanto sempre la sua convenienza ha davanti a sé la sanzione comminata ad un professionista responsabile di un abuso.

Euroincompatibilità, quand'è così, di Cass. 28314/2019 perché vulnera l'efficacia deterrente e non assicura l'effettività di una nullità declinata in Lussemburgo come un rimedio riversante sul professionista sleale il costo degli svantaggi economici connessi al post-vessatorietà? Pur difettando una *concezione integrale*, riteniamo che un avallo a siffatto dire sia *tutt'altro* che da escludere: e forse, si potrebbe aggiungere, se l'intervento giudiziale, come statuito da *Banca B*, non può andare *oltre quanto* "è strettamente necessario per ripristinare l'equilibrio contrattuale tra le parti contraenti" (§ 44), è lo stesso meccanismo compensativo confezionato dalle S.U. a rivelarsi ostativo a che il consumatore possa decidere *anticipatamente* se avvalersi della tutela riservatagli dalla direttiva. Vero, infatti, è che il consumatore può optare per non contestare la vessatorietà di una clausola: epperò, posto che il giudice è tenuto ad informarlo sugli effetti originati da una sentenza di nullità del contratto, un'eccezione di buona fede, opposta in giudizio e rinviante ad un (complesso) calcolo tra il dare e l'avere, dischiude un *impedimento* a che il consumatore maturi una *piena consapevolezza* sui riflessi economici che la scelta, di agire oppure no, comporta.

Altro, potremmo così chiosare, è l'interpretazione conforme come *integrabilità* del diritto nazionale, il che suppone il *prius* dell'esistenza di una lacuna da colmarsi in conformità alla direttiva; altro, è il *concreto metodo* che, nel compiere le singole interpretazioni, i giudici, nazionali ed europei, devono osservare: e, se è vero che un ruvido tecnicismo non aiuta, neanche va pretermesso che i difetti dello stile italiano non sono più ingombranti del grezzo postvessatorietà deducibile da *BNP Paribas Personal Finance SA*, a supporre che l'abusività delle clausole sul rischio di cambio comporti una caducazione del contratto. Pure lo stile francese si mostra invero parimenti incerto su *come* le restituzioni operino: dando infatti per buono che i mutuatari debbano restituire soltanto il capitale, a quale valore del franco svizzero, quale moneta di conto ci si deve riferire, a quello originario o al tasso di cambio «*évolutif au fil des paiements*»?²² E poi che dire rispetto alla sostituzione dell'interesse legale al tasso, quando ne sia stata appurata la liceità, "*swap francs suisses cinque an*? Non ci vuol molto a scorgere che il *deficit* qui è di una *disciplina* compendiate una molteplicità di regole. E pensare di rimettere tutto al giudice, quale *bras armé* dell'effettività²³, non è realistico: la recente sterzata proconsumeristica della

²¹ V., in special modo, D'AMICO, *Sul carattere c.d. selettivo della nullità di protezione*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, 15 e 25 e MODICA, *Forme asimmetriche e nullità selettive per i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento*, *ibid.*, 2020, 36 e 38.

²² Così BRUTTIN, *Prêts Helvet Immo: CJUE versus Cour de cassation?*, in *RDI*, 2021, 650 ss.

²³ V., nella letteratura francese, CHAINAIS et al., *Procédure civile*, 2020³⁵, Paris, nn. 575 e 578 ss. nonché PELLIER, *Retour sur l'office du juge en matière de crédit à la consommation*, in *AJCA*, 2020, 469 ss.

*Cour de cassation*²⁴, sentenziante l'obbligo per il giudice francese di rilevare officiosamente l'intrasparenza di una clausola predisposta, va senz'altro ad infittire lo stuolo di pronunce nelle quali è potenziato il ruolo del giudice in sede, diremmo, di *pre-vevassatorietà*, senza però che una pari acribia governi un *posterius* nel quale si naviga a vista. Molteplici ragioni, nel caso di un contratto nullo per violazione dell'art. 6 dir. 93/13, concorrono ad escludere, torniamo a ribadirlo, che il professionista abbia titolo per domandare una remunerazione aggiuntiva, dal rilievo che il mutuante non può ottenere una compensazione per una perdita patrimoniale scaturente *esclusivamente* dalla "propria condotta illecita" (§ 58) all'argomento, del pari dirimente, che una siffatta remunerazione per l'utilizzo extracontrattuale della somma neutralizzerebbe l'inefficacia originaria delle clausole abusive²⁵. Che il credito restitutorio del mutuante sia circoscritto al capitale corrisposto, oltre ad essere un effetto del caducarsi del contratto, serve ad evitare che la declaratoria di nullità importi il paradosso di una remunerazione che, nonostante la nullità, sia reclamabile per un importo pari "al tasso di mercato per l'utilizzo del capitale del mutuo" (§ 59). Ma che una siffatta pretesa, azzerando il rischio economico che il professionista dovrebbe sostenere, sia destituita di qualsiasi fondamento, è (non una parte per il tutto) bensì pur sempre l'epifania di una delle tante problematiche innescate da un dispositivo restitutorio il cui *modus operandi* non può avere il controeffetto di costringere i consumatori ad eseguire un contratto iniquo in quanto dischiudente condizioni migliori di quelle conseguenti all'esercizio dei diritti "che la direttiva 93/13 garantisce loro" (§ 61).

Quand'è così, posto che tutte le classificazioni e le distinzioni possono rifiutarsi, non riteniamo allora che si verrebbe a banalizzare la questione ponendo la seguente domanda: posto che l'art. 38 della Carta è concretizzato da un diritto europeo secondario che, nell'economia della 93/13, ha una spiccata cifra deterrente, quanto è eurocompatibile un art. 36, comma 1, c. cons. che si limita a statuire un principio di nullità parziale necessaria? Per reputarlo tale dobbiamo ragionare di una *letteralità inclusiva*, disvelante «all'interprete i più "nascosti" e inattesi significati»?²⁶ Oppure dobbiamo ipotizzare *eine Lücke in der Systemwidrigkeit*, cioè nella disomogeneità sistemica, *der Gesamtrechtsordnung*? Se, rispetto all'utilizzo extracontrattuale delle somme corrisposte, dovessimo per es. stare al dire ingenerato da *Bank M.*, siccome tolta l'ipotesi testuale di uno Stato membro che formalizzi, ai sensi dell'art. 8 dir. 93/13, una deroga *in melius*, non c'è modo di riconoscere ai mutuatari una siffatta legittimazione, quale ostacolo residuerebbe a che un interprete provveduto risponda da sé al suddetto quesito? Dopo di che, l'argomento per cui, senza una remunerazione extracontrattuale, il mutuante si troverebbe a versare nella situazione di accordare un credito, per fini immobiliari, in modo gratuito, palesamente soffre del contrappunto che l'ammancio patrimoniale subito dal professionista è pur sempre una conseguenza, diretta ed immediata, di un naufragio del contratto imputabile alla sua

²⁴ Cass. 2 civ., 14 ottobre 2021, n. 19-11758.

²⁵ Producendo "un esito incoerente con gli obbiettivi che [la 93/13] ... persegue" (§ 59).

²⁶ Così la classica pagina di IRTI, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Bologna, 2020, 125.

slealtà. Come scrive l'AG, è un principio, di massima riconosciuto, quello per cui “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” (§ 58).

3. Chiosa finale: spunti da *X Bank S.A. (C-6/22)* e di *Caixabank SA (C-565/21)*

A chi dovesse apparire, se non eccentrico, inusuale il taglio espositivo che abbiamo inteso imprimere a queste note sparse, ci permettiamo di replicare osservando che non sarebbe stato di alcun ausilio riprestare, semplicemente cambiando l'ordine dei fattori, l'acqua nel mortaio. Il senso di queste paginette vuole invero essere un altro: evidenziare che persino la cifra aggregante dell'art. 2037, comma 3, c.c. si sfilaccia in seno ad un contesto europeo nel quale è difficile muoversi senza prendere lucciole per lanterne. Il quadro infatti è in movimento e non soltanto per quelle conclusioni dell'AG Collins che, con più di un costrutto, mettono in guardia dal riconoscere al professionista delle facoltà il cui esercizio, minando alla radice ogni effetto dissuasivo, finirebbe per rendere più redditizia “la prassi di imporre clausole abusive ai consumatori” (§ 60)²⁷. Adesso campeggia la *novitas* di *X Bank S.A. (C-6/22)* e di *Caixabank SA (C-565/21)*²⁸: la prima stentorea nel ribadire che, in caso di nullità totale, il diritto nazionale non può regolare il postvessorietà senza aver riguardo alle norme inesprese della 93/13 e la seconda altrettanto categorica nel disporre la restituzione di quanto corrisposto a titolo di commissione di apertura laddove la clausola che la contempra dovesse mostrarsi abusiva. A leggerli insieme sono due arresti che si toccano: se il reintegro dello *status quo ante* è un *essentiale* della 93/13, vien da sé che abbia dell'asfittico sollevare un interrogativo sulla pretesa eurocompatibilità di una normativa nazionale che, in luogo di restaurare la situazione di diritto e di fatto anteriore, ripartisse in parti eguali i costi rampollanti dalla nullità del contratto. Così *X Bank S.A.*, il cui periodare ha pure del didascalico nel marcare l'ostracismo verso ogni dispositivo tecnico che concorresse, *pure obliquamente*, a mitigare l'assoluta sconvenienza per il professionista nell'insistere ad un utilizzo sistematico di clausole abusive: ma non è che *Caixabank SA*, nella parte in cui esclude che la commissione di apertura benefici del regime di immunità relativa proprio delle clausole di cui all'art. 4, § 2, sia da meno.

Quanto alla seconda ed alla terza massima di *X Bank S.A.*, sentenzianti rispettivamente a) l'euroincompatibilità di una regola che legittimasse il giudice, previo esame officioso della situazione patrimoniale del consumatore, ad opporsi alla sua domanda di

²⁷ Se, come apprendiamo dalla narrativa dei fatti riportata dall'AG Collins, la remunerazione domandata è “pari a circa i due terzi del capitale del mutuo”. Il tutto al netto della circostanza che sarebbero censibili delle fattispecie nelle quali l'importo remuneratorio preteso dalle banche “era superiore al credito concesso”. Per inciso la remunerazione pretesa sarebbe da corrispondere immediatamente ed in un'unica soluzione. Ora, tutti sanno che, in sede di esecuzione del mutuo, le rate sono invece da versare ad intervalli regolari.

²⁸ Entrambe le decisioni sono del 16 marzo 2023.

nullità totale a motivo che una siffatta invalidazione potrebbe esporlo a conseguenze particolarmente pregiudizievoli e b) l'euroincompatibilità, a sua volta, di un'integrazione, ovviante ad una nullità sconveniente per il consumatore, diversa da quella dispositiva, non è che si decampi da un tracciato ormai ben collaudato. Siccome, se è stato esaustivamente informato, il consumatore può *responsabilmente* disporre della tutela che la direttiva gli ha riservato, avrebbe del paternalistico riconoscere al giudice un super-potere di rigettare una domanda espressa di nullità del contratto. Il giudizio sulla sostenibilità degli effetti restitutori, se il consumatore sia stato reso oggettivamente edotto su quale sia il loro impatto, è insindacabile e non passa per il filtro di una valutazione eteronoma. Circa invece la preclusione ad un'integrazione giudiziale del contratto, pur a dare per buono che la questione rimessa non fosse di tipo ipotetico²⁹, alla fine quanto si continua a chiamare in causa è la via di fuga di un rinvio giudiziale a quella *trattativa tra le parti* già sperimentata da *Banca B*. Il che, per la natura iterativa del richiamo, ci induce a ribadire quanto già osservammo rispetto a quel *dictum*³⁰: sentenziare che niente osta, in termini di eurocompatibilità, ad ammettere che un giudice nazionale, per scongiurare una nullità sconveniente, possa rinviare ad una trattativa tra le parti, rinegoziante *ex fide bona* il metodo di calcolo del tasso di interesse, è il segno conclamato di una decisa inclinazione della Corte a valorizzare una «post-costruzione del regolamento contrattuale», direbbe un'autorevole dottrina³¹, in chiave non di (*etero*) bensì di *autointegrazione*. Può convenirsi, naturalmente, che una rinegoziazione, di cui sono predeterminate le condizioni onde assicurare l'instaurarsi a valle di «un equilibrio reale» (§ 60), abbia dalla sua di *non sostituire* la volontà delle parti con una del giudice: ed è pure vero che una buona fede cooperante ad una determinazione del tasso fissandolo a quanto dovrebbe convenirsi garantendo, «conformemente all'obiettivo [della] direttiva, un livello elevato di protezione del consumatore» (§ 60), se da un lato non scivola nella finzione di una vo-

²⁹ In effetti, con una Corte chiamata a decidere se, qualora la soppressione di una clausola abusiva comporti la nullità del contratto, il giudice nazionale, tenuto ad informare analiticamente il consumatore delle gravose conseguenze economiche derivanti dalla caducazione retroattiva, non può opporsi, nonostante le condizioni economiche rilevate, alla volontà del primo di ottenere una declaratoria di nullità integrale, diventa esornativo riflettere (in subordine) sull'azionabilità della variabile di un'integrazione *ex fide bona* onde salvare il contratto dal naufragio. Per di più dalla narrativa della decisione di rinvio risultava che il consumatore già aveva prestato il proprio consenso alla soppressione del contratto nella sua interezza. Il solo modo per ovviare all'irricevibilità della questione, e non a caso è quello prescelto dalla Corte, consisteva così nel dare per buono che la domanda non fosse stata preceduta da un'informazione prestata dal giudice in modo, dicevamo, oggettivo ed esaustivo.

³⁰ In *Contratti del consumatore (diritto europeo)*, in *Enc. dir., I Tematici, I-Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano, 2021, 94 s.

³¹ V., espressivamente, CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, ed. it. a cura di Castronovo, pt. I e II, Milano, 2001, XIII e XXXVII. E v. pure, per una succosa consonanza, MODUGNO, *I diritti del consumatore: una nuova "generazione" di diritti?*, in *Scritti in onore di Michele Scudiero*, III, Napoli, 2008, 1446, che ragiona di una «primazia dell'accordo, rispetto al giudizio» (corsivo nel testo).

lontà ipotetica, dall'altro evita che venga a serbarsi il risultato di un «appiattimento sul mercato come unico ancoraggio»³². Dopo di che, se, nel nostro ordinamento, l'art. 185-bis c.p.c. è candidabile come il luogo più acconcio di epifania di quel rinvio ad una trattativa che ha tutta l'aria d'essere, nell'intendimento della Corte, una sorta di proposta conciliativa del giudice, notiamo: siccome la mancata accettazione di quella proposta, senza un giustificato motivo, può tradursi in un comportamento valutabile ai fini del giudizio, non sarà che l'integrazione giudiziale, anziché ostracizzata *in sé*, è in realtà riorientata ad un "fallimento" dell'autonomia privata? È un'illazione che può trarsi dalla circostanza che un'eventuale declaratoria di nullità del contratto produrrebbe ivi l'effetto di far deflettere quel giudice dall'obbligo, come leggiamo, di «adottare tutte le misure necessarie per tutelare il consumatore dalle conseguenze particolarmente dannose che l'annullamento di detto contratto potrebbe provocare» (§ 60). Naturalmente, una nullità totale, che invece il giudice dichiarasse in seguito all'insuccesso della trattativa, *a fortiori* implicherebbe il virare verso una responsabilità precontrattuale di quel professionista che abbia dato causa alla nullità del contratto. Vero, infatti, è che l'art. 36 c. cons. non fa menzione espressa di una responsabilità, ma lo è pure il rilevare che il causare la nullità totale è senz'altro «condotta più grave» di una mera omissione informativa *ex art. 1338 c.c.*³³. Qui, d'altronde, la nullità è *unilaterale* pure nel senso che è imputabile ad una parte e patita da quella protetta: *ergo* la pretesa risarcitoria del consumatore che, domandato l'accertamento di una nullità parziale, si trovi invece a subire gli effetti sconvenienti di una nullità totale, può utilmente riguardarsi a guisa di una «coniugazione [...] tipica»³⁴. Quanto invece al problema, accomunante le due vicende, circa il contenuto di un'obbligazione restitutoria degli interessi che siano stati versati in eccesso, la Corte persiste nel glissare: non riteniamo però che sarebbe irragionevole pensare che la trattativa officiata dal giudice si trovi ad includere pure uno schizzo della *base contrattuale* strumentale al calcolo di quanto prestatato indebitamente a motivo dell'accertata abusività.

Ci congediamo allora così: il *tuttavia*, cioè la congiunzione avversativa limitativa che apre l'ultima proposizione del § 64, è l'emblema di un orizzonte che la Corte sta dischiudendo. Diversamente da una congiunzione avversativa oppositiva, *tuttavia* non rompe infatti con quanto precede, limitandosi a circoscriverne il perimetro. Sentenziare allora che non si integra giudizialmente, spettando nondimeno al giudice adottare "tutte le misure necessarie per tutelare il consumatore dalle conseguenze particolarmente pregiudizievoli che la dichiarazione di nullità del contratto potrebbe provocare nei suoi confronti", è il segno paradigmatico di una tutela che, virando sul piano delle restitu-

³² Per «la risoluzione delle situazioni di crisi nelle quali il contratto va integrato o corretto»: così CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, XXXVIII.

³³ Così, con uno spunto che può rivelarsi assai prezioso, CASTRONOVO, *Patologie contrattuali, invalidità e risarcimento*, in *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di A. BELLAVISTA e A. PLAIA, Milano, 2011, 46.

³⁴ Così CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 47 s., e, in termini consimili, A. ALBANESE, *Contratto, mercato, responsabilità*, Milano, 2008, 268.

zioni, implica una *risrittura modulare* delle stesse, trascendente quel piano puramente compensativo contrassegnante un art. 2033 c.c. nel quale la buona o mala fede non rilevano ai fini di una parziale o totale irripetibilità. Com'è proprio di ogni *work in progress*, dobbiamo aspettare avendo però cura nell'attesa, come la Corte comanda, di valorizzare le utilità rimediali calate nell'insieme del diritto interno. Quanto la Consulta, con la sentenza 8/2023, ha messo in risalto, rimodellando l'art. 2033 c.c. alla luce di una valutazione di buona fede, può tornare prezioso per un interprete esposto ormai alle scorribande di molti formanti.

ABSTRACT

Il saggio ripercorre, alla luce della più recente giurisprudenza "creativa" della Corte di giustizia, alcune suggestioni che possono maturarsi sul regime delle restituzioni da contratto nullo ai sensi dell'art. 6, § 1, dir. 93/13.

The essay retraces, in the light of the most recent "creative" jurisprudence of the EU Court of Justice, some suggestions that may mature on restitutions regime of restitutions arising from a null contract under art. 6, § 1, Dir. 93/13.