

DICHIARAZIONE DI ABUSIVITÀ DELLE CLAUSOLE NEI CONTRATTI DEL CONSUMATORE E POTERI INTEGRATIVI DEL GIUDICE NELL'INTERPRETAZIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Cristina Dalia*

SOMMARIO: 1.- L'armonizzazione minima prevista dalla direttiva 93/13/CEE tra obblighi di risultato ed esigenze di unitarietà dell'interpretazione del diritto dell'UE. Il ruolo fondamentale della Corte di giustizia; 2.- I poteri dei giudici nazionali a seguito della declaratoria di abusività: in particolare la mera disapplicazione della clausola non essenziale; 3.- Presupposti ed eccezionalità della sostituzione della clausola essenziale redatta in violazione del principio di trasparenza; 4.- L'integrazione legale con norma suppletiva; 5.- Le soluzioni praticabili nell'ordinamento italiano a seguito della dichiarazione di vessatorietà delle clausole essenziali e di quelle accessorie; 6.- La rinegoziazione quale altra possibile conseguenza da trarre dal carattere abusivo della clausola nel caso in cui manchi una disposizione nazionale di natura suppletiva; 7.- Il consenso del consumatore alla clausola idoneo ad evitare la dichiarazione di nullità totale nell'ipotesi in cui non sia possibile la sostituzione della clausola con norma suppletiva; 8.- Conclusioni.

ABSTRACT: Il contributo analizza l'evoluzione giurisprudenziale della Corte di giustizia sull'interpretazione dell'art. 6, par. 1, direttiva 93/13/CEE, e in particolare, sulle conseguenze che il giudice nazionale deve trarre dal carattere abusivo delle clausole per il perseguimento di un elevato livello di tutela del consumatore. Il percorso della Corte, non sempre lineare e convincente, è comunque in grado di restituire alcuni tratti caratteristici del rimedio destinato ad assicurare la "non vincolatività" delle clausole abusive e che nell'ordinamento italiano ha assunto la veste di una nullità di protezione, la quale però non fa della legittimazione relativa il suo elemento distintivo, diversamente dalle altre nullità di protezione domestiche, perché deve operare, nel rispetto della formula di cui all'art. 36, comma 3, codice del consumo, "soltanto a vantaggio del consumatore" al fine di evitare che lo stesso sia pregiudicato dalla disapplicazione della clausola e dalle conseguenze sfavorevoli derivanti dall'invalidità del contratto.

This paper analyzes the evolution of the Court of Justice's case law on the interpretation of art. 6, par. 1, Directive 93/13/CEE, and in particular, on the consequences that

* Professore associato di Diritto privato nell'Università degli Studi della Basilicata.

national judges must draw from unfairness of terms in order to achieve a high level of consumer protection.

The Court's approach, while not always straightforward and convincing, is nevertheless able to return some characteristic features of the remedy intended to ensure the "non-binding nature" of unfair terms. In the Italian law, this remedy has taken the form of a protective nullity, that operates, in accordance with the formula in art. 36, par. 3, of Consumer Code, "solely to the benefit of the consumer", in order to prevent the consumer from being prejudiced by the non-application of the term or by the untoward consequences resulting from the contract nullity.

KEYWORDS: Consumer contracts, Unfair terms, Protective nullity

1.- L'armonizzazione minima prevista dalla direttiva 93/13/CEE tra obblighi di risultato ed esigenze di unitarietà dell'interpretazione del diritto dell'UE. Il ruolo fondamentale della Corte di giustizia

La scelta del legislatore europeo, di regolare il fenomeno delle clausole vessatorie nei contratti del consumatore attraverso un sistema di armonizzazione basato su principi generali, ha lasciato agli Stati membri la discrezionalità rispetto alla individuazione del rimedio nazionale idoneo a realizzare gli obiettivi di tutela previsti dalla direttiva 93/13/CEE, al fine di salvaguardare quelle differenze tra i vari sistemi giuridici degli Stati membri che non era indispensabile eliminare. Una discrezionalità, questa, che però a distanza di tempo manifesta il suo più grande limite¹ della verifica di compatibilità delle normative di recepimento, e delle conseguenti applicazioni statali, con l'interpretazione del diritto unionale affidata alla Corte di giustizia e che restituisce l'effetto negativo di una tutela a tratti ancorata ad un piano meramente formale, che ridimensiona il senso dell'elevato livello di protezione dei consumatori contro le clausole abusive che è (stato) alla base della direttiva 93/13/CEE.

Nell'assolvimento del suo compito ermeneutico esclusivo², necessario per assicurare la corretta applicazione del diritto dell'Unione, la Corte di giustizia, nell'arco di ormai un

¹ Più severo è il giudizio di G. ALPA, *Clausole vessatorie e nullità del contratto. Il monologo della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Contratto e impresa* 3 (2024) pp. 567ss. Ad avviso dell'autore l'armonizzazione minimale prevista dalla direttiva avrebbe dovuto alimentare il dialogo tra le corti al fine di conseguire lo scopo, «senza che l'intervento europeo potesse considerarsi come una imposizione effettuata dall'alto». Invece, il percorso della Corte di giustizia si è allontanato dal testo originario della direttiva e più che a un dialogo «sembra di assistere ad un monologo del giudice europeo, non sempre coerente ed uniforme nelle sue decisioni».

² La competenza in via pregiudiziale consente alla Corte di rispondere, con una sentenza vincolante, a questioni interpretative del diritto dell'UE la cui soluzione è necessaria per la decisione del giudice interno (art. 267 TFUE). I Trattati, dunque, affidano alla Corte di giustizia la competenza esclusiva per risolvere le questioni interpretative del diritto dell'UE, proprio per salvaguardare l'unitarietà dell'interpretazione del diritto europeo. Così U. DRAETTA - F. BESTAGNO - A. SANTINI, *Elementi di diritto dell'Unione europea*,

Opinioni

trentennio di vigenza della direttiva che qui interessa, ha esplicitato la portata dei principi generali enunciati dal legislatore europeo, rispondendo alle numerose e importanti questioni pregiudiziali volte a chiarire i concetti e le disposizioni principali della direttiva, relativi non solo ai presupposti di natura sostanziale – come i criteri per la valutazione delle clausole contrattuali e le conseguenze da trarre dal loro carattere abusivo – ma anche alle implicazioni processuali; aspetti entrambi strumentali ad una efficace protezione dei consumatori.

Il percorso ermeneutico finora tracciato, dopo aver incontrato diversi ostacoli che potrebbero rivelare talune incongruenze, se non vere e proprie contraddizioni, sembra comunque restituire alcuni elementi caratteristici di quel rimedio contro le clausole abusive che il legislatore nazionale ha deciso di denominare, forse in modo inopportuno, nullità di protezione³.

Milano 2022, p. 316. Particolarmente sensibile alle interpretazioni della Corte di giustizia, sul significato della non vincolatività della clausola abusiva di cui all'art. 6, par. 1, direttiva 93/13/CEE, si è mostrata R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jorös e Asbeek Brusse*, in *Jus Civile* 7 (2013) pp. 388ss.; EAD., «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in *Europa e diritto privato* (2014) pp. 1141ss. Anche per D. VALENTINO, *La caducazione delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori tra giurisprudenza nazionale e giurisprudenza comunitaria*, in *Persona e Mercato* 4 (2016) pp. 152ss., non si può prescindere dai suggerimenti provenienti dalla Corte UE nell'interpretazione del diritto dell'Unione. Inoltre, «se il contesto contrattuale è il risultato di un concorso di fonti diverse [...] l'interprete non può continuare ad utilizzare tecniche interpretative ed applicative prevalentemente del sistema ordinamentale interno, ma deve tener conto dei principi generali introdotti dal sistema comunitario e delle loro finalità rispetto alle quali il contratto stesso deve essere strumento sinergico». Qualsiasi «guerra di resistenza», che non sia radicata su solide basi di una tecnica dell'interpretazione del contratto che tenga nella giusta considerazione l'evoluzione del sistema ordinamentale nel suo complesso, è destinata a produrre *revirement* nelle posizioni e soluzioni proposte di primo impatto. Più in generale, A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, III ed., Padova 2024, p. 66 s., osserva che le decisioni della Corte di giustizia sono vincolanti nell'interpretazione del diritto europeo e ad esse deve adeguarsi l'interpretazione del diritto interno; infatti il diritto privato di estrazione comunitaria «non può studiarsi (solo) nei termini della teoria tradizionale delle fonti e della dogmatica tradizionale». P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.* (2001) p. 226, sottolinea come sia irrealistico pensare che la nuova legislazione sul contratto non abbia un ampio impatto sul sistema interno.

³ Si veda V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, III ed., Torino 2011, p. 98, secondo cui non è apprezzabile l'utilizzo da parte del legislatore, con riferimento all'art. 36 codice del consumo, dell'espressione dottrinale «nullità di protezione».

Limitatamente al fenomeno della nullità di protezione in dottrina si registrano posizioni contrapposte, ora di diffidenza rispetto ad una ricostruzione sistematica unitaria, ora di apertura alla individuazione di possibili caratteristiche comuni. La nullità di protezione viene da alcuni intesa come nullità speciale caratterizzata da un trattamento diverso rispetto a quello della nullità tradizionale e posta a presidio di una sola parte. L'interesse protetto sarebbe quello di una determinata classe di contraenti, con la conseguenza che il rimedio sarebbe caratterizzato dalla legittimazione relativa e dalla necessaria parzialità. G. PASSAGNOLI, *Artt. 36-38*, in G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo*, Padova 2007, p. 379 s., evidenzia che l'influsso delle fonti europee sul nostro diritto dei contratti ha permesso di fondare un ordine pubblico economico di protezione all'interno del quale ammettere uno statuto di disciplina differenziato per le nullità di protezione, i cui tratti caratteristici vanno colti nella legittimazione relativa, nella necessaria parzialità, nella rilevabilità d'ufficio. Per M. GIROLAMI, voce *Nullità di protezione*, in *Contratto, Enc. dir.*, Milano 2021, p. 722 s., tratti ricorrenti delle nullità di protezione sarebbero la legittimazione relativa e la rilevabilità d'ufficio, a

Tra questi tratti caratteristici, oltre a quelli già colti dal legislatore nazionale, e dunque anticipati in sede di attuazione, – quali la rilevabilità d'ufficio e la necessaria parzialità⁴

cui conseguirebbero l'inefficacia della fattispecie e la sanabilità. La nullità di protezione rappresenterebbe, dunque, un *tertium genus* di invalidità che si affiancherebbe ai due pilastri disciplinati dal codice civile. Piuttosto che scardinare l'assetto tradizionale della materia, la nullità di protezione ben potrebbe convivere con le due forme codicistiche di invalidità.

Diversamente, per altri, le difficoltà di una ricostruzione unitaria della categoria sarebbero imputabili alla pluralità delle fonti. G. DE CRISTOFARO, *Le invalidità negoziali di protezione*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, t. I, Padova 2010, pp. 667ss., sottolinea che le ipotesi di nullità di protezione spontaneamente disciplinate dal legislatore nazionale, nel perseguimento di obiettivi di politica del diritto individuati in modo autonomo (si pensi ai contratti bancari e finanziari, alla subfornitura, alla locazione di immobili urbani, e via discorrendo), vanno tenute distinte da quelle inserite in provvedimenti attuativi di direttive comunitarie. E rispetto a questa distinzione bisogna valutare con cautela l'estensione delle regole e dei principi delle seconde alle prime. Infatti, le disposizioni attuative dei precetti comunitari devono essere interpretate alla luce delle finalità del diritto comunitario. Per L. VALLE, *Nullità di protezione*, in *Contratto e impresa* 6 (2011) pp. 1370ss., la comprensione del rimedio contro le clausole vessatorie è da ricercare nel contesto della sua specifica disciplina, posto che la riconduzione a categorie e istituti presenti nel nostro ordinamento può generare equivoci nella ricostruzione della sua regolazione. Più in generale vi è, dunque, poca chiarezza sistematica rispetto alle nullità di protezione a causa di previsioni normative incomplete e frammentate, alcune provenienti da fonti esterne che non hanno una organizzazione concettuale compiuta. R. ALESSI, «Nullità di protezione», cit., pp. 1141ss., assume come punto ormai acquisito la scomposizione dell'istituto della nullità o almeno la moltiplicazione dei regimi che dalla nullità trascorre alle nullità. Cfr. anche A. PISANI MASSAMORMILE, *Nullità di protezione e nullità virtuali*, in *Banca, borsa, tit. cred.* (2017) pp. 31ss., il quale rileva che all'interno della categoria della nullità è ormai difficile trovare una nozione legale e un elemento costante in tutte le ipotesi in cui il legislatore commina la sanzione, dovendosi cogliere il suggerimento di porre le varie ipotesi patologiche lungo una linea continua e progressiva che parte dai vizi più gravi e discende da quelli più lievi. M. MANTOVANI, *Le «nullità di protezione» nella tassonomia dei rimedi*, in *Studi in onore di Giorgio Cian*, Padova 2010, pp. 1640ss., parla di polimorfismo inteso come pluralità di forme della nullità di protezione. Ripercorrendo le varie ipotesi di nullità disciplinate all'interno del codice del consumo, evidenzia che le numerose dissonanze e gli eccessivi silenzi del legislatore non favoriscono la ricostruzione di una «figura unitaria di nullità protettiva con un proprio statuto organico e compiuto, tale da consentire un paradigma alternativo allo schema disegnato agli artt. 1418 ss. c.c.». Infatti, all'interno della nullità di protezione non è possibile delineare un unico trattamento giuridico capace di rivendicare la unitarietà della categoria.

Non può negarsi che la ricostruzione sistematica del fenomeno è resa poco agevole dall'assunzione della figura disciplinata dall'art. 36 codice del consumo, pur sempre norma di attuazione del diritto europeo e quindi vincolata agli obiettivi di tutela da raggiungere, come paradigma delle nullità di protezione domestiche. L'interpretazione autentica delle norme in tema di clausole abusive, infatti, deve discendere dal testo della direttiva e direttamente dalle decisioni della Corte di giustizia, in favore della quale vige una riserva di interpretazione del diritto euro-unitario, al fine di garantire la sua applicazione pratica uniforme. Pertanto, ciò che interessa alla Corte – rispetto alla corretta applicazione dell'art. 6, par. 1, direttiva 93/13/CEE – è che i giudici nazionali traggano dalla dichiarazione del carattere abusivo di una clausola, tutte le conseguenze necessarie per consentire la realizzazione di due fondamentali obiettivi: da un lato, garantire che possa essere ripristinata l'uguaglianza tra le parti contraenti, uguaglianza pregiudicata appunto dalla clausola abusiva; dall'altro occorre assicurarsi che il professionista sia dissuaso dall'inserire siffatte clausole nei contratti con i consumatori. Tra le tante, Corte UE 25 novembre 2020, C-269/19, *Banca B. SA* (punto 38), in *Dejure*, che impone di modellare l'invalidità derivante dalla dichiarazione di abusività in funzione della garanzia di un elevato livello di protezione del consumatore.

⁴ Questo carattere è esplicitato nella formula dell'art. 6, par. 1, direttiva 93/13/CEE, e su di esso non vi è alcun dubbio. Per tutti: G. PASSAGNOLI, *Artt. 36, 38*, cit., p. 384 s., M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in A. GENTILI (a cura di), *Rimedi*, 1, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, IV, Milano

Opinioni

che deve svolgere una funzione deterrente⁵, proprio attraverso secche operazioni di soppressione della clausola incriminata ad opera del giudice, cui è interdetto ogni intervento sostitutivo o correttivo – va annoverata anche la possibilità, seppur eccezionale, per il consumatore di rinunciare⁶ al sistema di tutela della direttiva.

Ed è proprio su questi aspetti che si intende concentrare l'attenzione, al fine di verificare se in sede interpretativa si possa attribuire un significato più ampio a quell'inciso dell'art. 36, comma 3, codice del consumo, secondo cui «la nullità opera soltanto a vantaggio del

2006, p. 126: in caso di nullità parziale necessaria non opera il meccanismo di sostituzione delle clausole nulle, continuando il contratto a sopravvivere depurato dalle sole clausole incriminate.

L'elemento della obbligatorietà del rilievo officioso, da parte del giudice, dell'abusività della clausola, invece, non trovando riscontro normativo, è frutto dell'interpretazione della Corte di giustizia che vi è giunta gradualmente, partendo da una mera facoltà, fino a giungere ad un vero e proprio obbligo sulla base del carattere imperativo della disposizione *de qua*. L'esordio si deve a Corte UE 27 giugno 2000, C-240/98, C-244/98, *Oceano*, in *Foro it.* IV (2000) c. 413 e in *Giur. it.* (2001) p. 9, articolata nei seguenti tre passaggi fondamentali: (i) il sistema della direttiva si basa sull'idea che il consumatore si trovi in condizione di inferiorità rispetto al professionista sia per potere nelle trattative, sia per grado di informazione, con la conseguenza che egli è costretto ad aderire alle condizioni unilateralmente predisposte, senza poter incidere sul contenuto di esse; (ii) tale disuguaglianza può essere rimossa solo grazie ad un intervento positivo da parte di un soggetto terzo che è appunto il giudice, il quale può rilevare d'ufficio il carattere abusivo di una clausola; (iii) la facoltà per il giudice di esaminare d'ufficio l'illiceità di una clausola costituisce mezzo idoneo al conseguimento tanto dell'obiettivo fissato dall'art. 6 (che è quello di impedire che il consumatore sia vincolato dalla clausola abusiva), quanto di quello dell'art. 7, in considerazione del fatto che un simile esame può avere un effetto dissuasivo e contribuire a far cessare l'inserimento di clausole abusive nei contratti dei consumatori. A distanza di pochi anni, Corte UE 21 novembre 2002, C-473/00, in *Foro it.* IV (2003) c. 16, confermando la decisione, precisa che il rilievo officioso non può essere soggetto a limiti temporali, così come l'azionabilità della nullità da parte del consumatore. Infatti, la direttiva 93/13/CEE osta ad una normativa interna che vieta al giudice, alla scadenza di un termine di decadenza, di rilevare d'ufficio, o a seguito di eccezione del consumatore, il carattere abusivo di una clausola.

Il passaggio da mera facoltà ad obbligatorietà del rilievo officioso della nullità si compie con la sentenza *Mostaza Claro* (Corte UE 26 ottobre 2006, C-168/05, *Mostaza Claro*, in *Foro it.* IV (2007) c. 374). La Corte di giustizia, dopo aver seguito, nella prima parte della motivazione, il percorso argomentativo della sentenza *Oceano*, si veste di novità affermando il carattere imperativo dell'art. 6, par. 1, della direttiva. L'importanza dell'interesse pubblico su cui si fonda la tutela giustifica l'obbligo del rilievo officioso della nullità della clausola da parte del giudice, anche quando il consumatore non ha fatto valere tale nullità. L'obbligatorietà del rilievo d'ufficio – che è mezzo per realizzare il principio di effettività della tutela sancito dalla direttiva – si impone, dunque, non solo quando un siffatto potere in capo al giudice non sia espressamente indicato dai vari diritti nazionali, ma anche quando sia riconosciuto come mera facoltà (Corte UE 30 maggio 2013, C-488/11, *Asbeek Brusse*, in *Foro it.* IV (2014) c. 3), e addirittura quando sia chiaramente escluso (Corte UE 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*, in *Resp. civ. e prev.* 6 (2012) p. 2061, secondo cui una norma che impedisce al giudice, in un determinato procedimento, nella specie quello di ingiunzione, di esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola, può compromettere l'effettività della tutela voluta dalla direttiva 93/13/CEE).

⁵ Tale funzione, proprio perché attribuita ad uno strumento di *private enforcement*, rivela il carattere spiccatamente sanzionatorio nei confronti del solo professionista della non vincolatività della clausola abusiva, *recte* della nullità di protezione di cui all'art. 36 codice del consumo.

⁶ In più occasioni la Corte fa riferimento, in modo forse inappropriato, alla possibilità per il consumatore di rinunciare al sistema di tutela della direttiva che non vuole essere obbligatorio. Ma si tratta di affermazioni su cui sarà doveroso soffermarsi, nel prosieguo dell'indagine, per chiarirne il significato.

consumatore» e che l'orientamento dottrinario e giurisprudenziale prevalente⁷ traduce nella legittimazione relativa all'azione di nullità riservata al solo consumatore, quale elemento distintivo della nullità di protezione.

2.- I poteri dei giudici nazionali a seguito della declaratoria di abusività: in particolare la mera disapplicazione della clausola non essenziale

Il primo carattere, costantemente ribadito dalla Corte di giustizia, è quello della necessaria parzialità⁸, esplicitato nella disposizione dell'art. 6, par. 1, direttiva 93/13/CEE, che impone agli Stati di far in modo che le clausole abusive non vincolino il consumatore,

⁷ Tra i tanti: M. NUZZO, *Art. 1469 quinquies, 1° e 3° co.*, in C.M. BIANCA - F.D. BUSNELLI (a cura di), *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore, Nuove leggi civili commentate*, Milano 1997, p. 1217; A. BELLELLI, *Art. 1469 quinquies 1° e 3° co.*, in G. ALPA - S. PATTI (a cura di), *Clausole vessatorie nei contratti del consumatore, artt. 1469-bis – 1469-sexies*, in P. SCHLESINGER (diretto da), *Commentario al codice civile*, Milano 2003, pp. 1036ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, II ed., Milano 2011, p. 863; M. MANTOVANI, *Le «nullità di protezione»*, cit., p. 1632. L. VALLE, *Nullità di protezione*, cit., p. 1406 s., precisa che la legittimazione relativa deriverebbe più che dalla mancanza di interesse ad agire del professionista, dal fatto che il legislatore considera tale interesse immeritevole di tutela, per cui, un eventuale interesse della parte non professionale sarebbe irrilevante perché escluso dalla tutela. Più di recente: D. D'ALBERTI, *Nullità conformativa e (auto)integrazione del contratto B2C. La rinegoziazione delle clausole abusive come rimedio in forma specifica*, in *Contratto e impresa* 3 (2023) p. 895 s.; P. 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.* 4 (2020) pp. 713ss.; G. PERLINGIERI, *Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo*, in *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, Firenze 2022, p. 3133; per M. GIROLAMI, *Nullità di protezione*, cit., p. 715, il consumatore deve avere il diritto di rimanere inerte, senza alcun onere di attivarsi, se non in risposta ad una eventuale pretesa esecutiva della controparte forte. Essere coinvolto suo malgrado in un giudizio potrebbe portare ad un esito contrario alla *ratio legis*. In giurisprudenza, Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Foro it.* 3 I (2015) c. 862, richiama, tra le altre norme, anche l'art. 36, comma 3, codice del consumo, come ipotesi di nullità in cui convivono legittimazione relativa e rilievo officioso, sottolineando il particolare meccanismo di operatività dell'obbligo del rilievo officioso nell'ambito delle nullità di protezione, per l'appunto, relative. Ancora, per Trib. Torino 4 maggio 2023, la nullità di cui all'art. 36, codice del consumo, rientra nell'ambito delle cd. nullità di protezione, cioè di invalidità poste a tutela di interessi di una categoria di soggetti, considerati meritevoli di protezione particolare, e che, in deroga alla disciplina codicistica della nullità, possono essere fatte valere solo dal soggetto protetto dalla sanzione di invalidità. In senso contrario, invece, A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.* (1997) pp. 403ss., il quale precisa che il legislatore, lungi dal riferirsi alla legittimazione relativa vuole circoscrivere la nullità al solo frammento o alla parte di clausola pregiudizievole per il consumatore. R. ALESSI, *Il controllo di vessatorietà come banco di prova del rapporto autonomia privata/legge: il percorso accidentato della Corte di Giustizia*, in *Liber amicorum per Giuseppe Vettori*, Firenze 2022, p. 55, chiarisce che, nel solco tracciato dalla Corte di Giustizia, si tratta di una «nullità non a legittimazione relativa, semmai asimmetrica, e comunque affidata anche al potere officioso del giudice, pur se da gestire avuto riguardo all'interesse della parte protetta». EAD., *«Nullità di protezione»*, cit., pp. 1141ss., già sottolineava il modello a gestione asimmetrica e indisponibile per il consumatore.

⁸ La dottrina è concorde nel cogliere nella lettera dell'art. 36, comma 1, codice del consumo, questo tratto caratteristico della nullità di protezione contro le clausole abusive. Per cui la necessaria parzialità della clausola si traduce nella inapplicabilità dell'art. 1419, comma 1, c.c. (in tal senso V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 862), con conseguente espunzione della clausola dal regolamento contrattuale, senza che vi sia la sostituzione con norma imperativa (così G. PASSAGNOLI, *Artt. 36-38*, cit., p. 385).

Opinioni

mentre il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che la sua sopravvivenza sia giuridicamente possibile. Pertanto, il monito per i giudici nazionali è di procedere alla pura e semplice disapplicazione di una clausola contrattuale di cui è stata accertata la abusività. Al giudice, quindi, non è consentita altra operazione se non quella consistente nella mera soppressione della clausola abusiva, qualora, sia chiaro, l'invalidità della clausola non comprometta le sorti dell'intero contratto, che potrà continuare ad esplicare i suoi effetti. Il divieto di ogni intervento atto a modificare il contenuto della clausola è dettato dall'esigenza di garantire la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine stabilito dall'art. 7 della direttiva 93/13, di far cessare l'inserzione, da parte dei professionisti, di clausole abusive nei contratti dei consumatori. Un intervento correttivo, infatti, spiega la Corte, vanificherebbe l'effetto dissuasivo esercitato sui professionisti dalla pura e semplice non applicazione della clausola nei confronti del consumatore, dal momento che essi continuerebbero ad usare le stesse clausole, confidando nel rimodellamento da parte del giudice, operazione questa che paradossalmente finirebbe con il garantire l'interesse dei professionisti al mantenimento della clausola, anziché tutelare i consumatori. Pertanto, alla mera disapplicazione va assegnata la funzione di dissuadere i professionisti dall'utilizzo futuro della clausola dichiarata abusiva⁹.

In presenza di una clausola penale¹⁰, di una clausola sugli interessi moratori¹¹ e di una clausola risolutiva espressa dichiarate abusive il giudice, dunque, deve limitarsi alla mera

⁹ Principio, questo, consacrato a partire dalla decisione della Corte UE 14 giugno 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito* (punto 69), in *Dejure*; poi confermato con sentenze: 30 aprile 2014, C-26/13, *Kásler e Káslerné Rábai* (punto 79), in *Dejure*; 26 marzo 2019, C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria Sa e Bankia SA* (punto 54), in *Dejure*; Grande Sezione, 3 marzo 2020, C-125/18, *Gómez del Moral Guash*, in *Dejure*; 25 novembre 2020, C-269/19, *Banca B. SA*, in *Foro amm.* 11 (2020) p. 2074; 8 settembre 2022, cause riunite da C-80/21 a C-82/21, in *Resp. civ. e prev.* 4 (2023) p. 1103; 27 aprile 2023, C-705/21, *AxFina Hungary Zrt* (punti 38 e 40), in *Dejure*.

¹⁰ Il giudice, rilevata l'abusività di una clausola penale, non può ridurre l'importo stabilito a carico del consumatore. Da ultimo Corte UE 7 novembre 2019, cause riunite da C-349/18 a C-351/18, *NMBS*, in *Giur. comm.* 5 (2020) p. 969; ma già Corte UE 30 maggio 2013, C-488/11, *Asbeek Brusse*, cit. I giudici di merito nostrani hanno disapplicato semplicemente la clausola penale dichiarata abusiva, senza ridurla ad equità e, pur non riuscendo ad anticipare la funzione deterrente derivante dalla pura e semplice disapplicazione, hanno comunque cercato di offrire adeguata motivazione. Ad esempio, per App. Milano 23 luglio 2004, in *Contratti* (2005) p. 1113, la riduzione ad equità presuppone la validità della clausola, con la conseguenza che tale operazione non è possibile se la clausola è dichiarata nulla. Per Trib. Benevento 25 marzo 2008, in *Giur. merito* 7-8 (2008) p. 1939, la riduzione ad equità non può farsi perché l'inefficacia opera a vantaggio del consumatore e deroga alla disciplina generale del contratto, in particolare all'art. 1384 c.c. Più in generale, sulla semplice disapplicazione della clausola penale vessatoria: App. Milano 30 giugno 2004 e App. Milano 19 ottobre 2006, in *Giur. it.* 6 (2007) p. 1408.

¹¹ Corte UE 21 gennaio 2015, C-482/13, in *Foro amm.* (2015) p. 4: il giudice che conclude per il carattere abusivo di una clausola sugli interessi moratori deve disapplicare la clausola. Conformi Cass., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19597, in *Banca borsa tit. cred.* (2021) p. 455 e Cass. 4 gennaio 2023, n. 145, in *Dejure*.

soppressione delle stesse, senza poter incidere sul loro contenuto per eliminare l'elemento di abusività¹² e senza poter provvedere alla loro sostituzione con una norma suppletiva. Del pari non è pensabile il mantenimento della clausola per il tramite di un'interpretazione correttiva ad opera del giudice, nemmeno quando tale interpretazione corrisponda alla comune intenzione delle parti contraenti¹³, essendo più che evidente la compromissione dell'effetto dissuasivo a lungo termine. La regola forgiata dalla Corte di giustizia è, dunque, che una clausola abusiva che non inficia la validità del contratto non conosce altra operazione, da parte del giudice, che non sia la mera soppressione: non c'è quindi alcun margine di sostituzione, modifica o interpretazione correttiva¹⁴ della clausola squilibrante se, a seguito dell'espunzione, il contratto può continuare ad esplicare i suoi effetti¹⁵.

Se questa soluzione può apparire piuttosto agevole, qualche difficoltà si palesa invece rispetto ad una clausola la cui eliminazione può compromettere le sorti del contratto, travolgendolo nella sua interezza¹⁶.

Anche per D. VALENTINO, *La caducazione*, cit., pp. 158ss., la nullità di una clausola relativa agli interessi moratori eccessivi non è in grado di travolgere l'intero contratto, ma conferma la finalità preventiva e deterrente ed è coerente con la disciplina a tutela del cliente di cui agli artt. 117, commi 6 e 7 e 125-bis, commi 7 e 9 TUB (spec. 158, in nt. 29).

¹² Ad esempio eliminando il motivo di risoluzione che rende la clausola abusiva. Sul punto si veda Corte UE, Grande Sezione, 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17, cit.: gli artt. 6 e 7 della direttiva 93/13/CEE ostano a che una clausola di scadenza anticipata di un contratto di mutuo ipotecario dichiarata abusiva sia parzialmente mantenuta mediante l'eliminazione degli elementi che ne determinano l'abusività, laddove l'eliminazione equivarrebbe a rivedere il contenuto della clausola stessa incidendo sulla sua sostanza.

¹³ Corte UE 18 novembre 2021, causa C-212/20; 14 giugno 2012, causa C- 618/10, *Banco Espanol*, in *Dejure*.

¹⁴ Da ultimo Corte UE 8 settembre 2022, C-80/2021, cit.

¹⁵ La regola sembra contraddetta da Corte UE 16 luglio 2020, C-224/19, *Caixabank*, in *Dejure*, che al momento rimane isolata, in quanto le decisioni successive non le danno seguito, confermando che la sostituzione della clausola è operazione eccezionale, riservata alle ipotesi in cui la nullità della clausola rischia di travolgere l'intero contratto, con conseguenze pregiudizievoli per il consumatore. P. IAMICELI, *Nullità parziale*, cit., pp. 713ss., intravede in *Caixabank* una apertura della Corte all'integrazione del contratto in caso di clausola accessoria non essenziale, apertura che potrebbe determinare un vero e proprio *revirement*, di cui però la Corte non chiarisce le ragioni. Ad ogni modo, per l'autrice, la decisione confermerebbe che vi sono delle clausole che, anche se non essenziali, richiedono l'integrazione a seguito della loro caducazione. È l'esempio delle clausole di cui alle lettere *t*, *u*, *v-ter* dell'art. 33 codice del consumo, che, pur se accessorie, lasciano un vuoto che va colmato con le norme di legge relative alla decadenza, all'onere della prova, al foro competente, all'accesso alle procedure extra-giudiziarie. Mentre si avrà nullità nuda, cioè senza integrazione, in caso di clausola penale, interessi moratori, clausola risolutiva espressa.

¹⁶ Per E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, in A. GENTILI (a cura di), *Rimedi*, 1, in V. ROPPO (diretto da), *Trattato del contratto*, IV, Milano 2006, p. 572, il legislatore, imboccata la via della nullità parziale necessaria avrebbe dovuto indicare le fonti cui attingere per integrare la disciplina contrattuale divenuta lacunosa, consentendo al giudice di salvare il contratto. Ma ha confidato nella possibilità di ricorrere, attraverso l'art. 1374 c.c. al solo diritto dispositivo, pertanto, in assenza di altre indicazioni non sembra possibile il ricorso all'equità. Per G. ALPA, *Clausole vessatorie*, cit., p. 567, nell'interpretazione corale dell'art. 36, codice del consumo, per alcuni decenni si è dato per certo che si potessero applicare al contratto depurato

Opinioni

3.- *Presupposti ed eccezionalità della sostituzione della clausola essenziale redatta in violazione del principio di trasparenza*

Conseguenze più complesse si profilano, infatti, nell'ipotesi in cui la clausola dichiarata abusiva si riveli essenziale per la validità dell'atto. Il divieto di un intervento per il giudice, che non si traduca nella mera espunzione della clausola dal regolamento contrattuale, incontra una eccezione qualora ricorrano due condizioni particolari, strettamente collegate tra di loro, il cui accertamento è affidato al giudice nazionale.

La prima condizione risiede nella capacità della clausola abusiva di travolgere l'intero contratto, che appunto senza quella pattuizione non può continuare ad esistere; la seconda, logicamente dipendente dalla prima, vuole che l'invalidità totale esponga il consumatore a conseguenze particolarmente pregiudizievoli, costringendolo, ad esempio nel caso di un contratto di mutuo, alla immediata restituzione della somma concessa in prestito.

L'accertamento della essenzialità della clausola è compito rimesso ai giudici nazionali, i quali devono valutare le condizioni di sopravvivenza o meno del contratto, sulla base del proprio diritto nazionale.

L'art. 6, par.1, della direttiva 93/13/CEE, non enuncia i criteri che disciplinano la possibilità di un contratto di sussistere senza la clausola abusiva, per cui è restituito all'ordinamento giuridico nazionale il compito di stabilirli, nel rispetto del diritto dell'Unione¹⁷. A seguito del verificarsi delle due condizioni richieste, quindi, il giudice è tenuto ad applicare il diritto interno in modo da trarre tutte le conseguenze che, secondo il proprio sistema, derivano dall'accertamento del carattere abusivo della clausola, allo scopo di raggiungere l'obiettivo di cui all'art. 6, par. 1, di non vincolare il consumatore alla clausola e di assicurare un livello elevato di protezione.

Il giudizio di abusività, fin dai suoi esordi, non è mai stato limitato alle sole clausole relative ai diritti ed obblighi tra le parti (quindi all'equilibrio normativo), potendo investire anche quelle riguardanti la congruità dello scambio, nel caso in cui queste fossero redatte in modo oscuro¹⁸.

L'ambito nel quale si è formata una significativa produzione giurisprudenziale della Corte di giustizia, e delle corti nazionali, ruota intorno alle clausole oscure relative alla fissazione degli interessi corrispettivi e riguarda la violazione del principio di trasparenza,

della clausola vessatoria il principio di conservazione, la sostituzione automatica di clausole, le regole sull'integrazione. Principi questi con cui la direttiva sembrava compatibile. Il dibattito sembra al momento superato dalle stringenti istruzioni operative offerte dalla Corte di giustizia ai giudici nazionali.

¹⁷ In tal senso Corte UE 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, in *Foro it.* (2020) c. 22.

¹⁸ Sul punto si veda anche R. ALESSI, *Il controllo di vessatorietà*, cit., p. 60, secondo la quale nel momento in cui, in nome del principio di trasparenza, il giudizio di vessatorietà si apre al contenuto essenziale, cioè alle clausole sul prezzo o alle clausole sugli interessi non trasparenti, si impone la ricerca di strumenti di integrazione di un contratto incapace di sopravvivere dopo l'amputazione delle clausole vessatorie.

possibile soprattutto nei casi di mutui espressi in valuta estera o indicizzati al franco svizzero, questi ultimi diffusi in tutta Europa a partire dai primi anni '90.

È ben noto che, ai sensi dell'art. 34, comma 2, codice del consumo, la valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni o dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile. Dalla formulazione della norma, fedele corrispondente dell'art. 4, par. 2, direttiva 93/13/CEE, si evince che la mancata trasparenza non determina automaticamente la nullità della clausola, essendo necessario accertare se essa determini un significativo squilibrio. Va da sé che la violazione della regola di trasparenza apre la strada alla valutazione del carattere vessatorio di quelle clausole, che per il loro oggetto, sarebbero escluse se formulate in modo chiaro e comprensibile. E questo perché una formulazione non trasparente potrebbe nascondere una pattuizione eccessivamente squilibrata ai danni del consumatore.

Trattandosi di eccezione all'insindacabilità delle clausole relative all'oggetto, la Corte di giustizia ha tenuto a precisare che la previsione dell'art. 4, par. 2, direttiva 93/13 deve essere interpretata in modo restrittivo¹⁹, dovendo il giudice nazionale verificare innanzitutto se le clausole incriminate riguardino quelle prestazioni che possono essere considerate essenziali²⁰.

Non pare si possa dubitare del fatto che nell'ambito di un contratto di mutuo (o di credito) le clausole relative al calcolo degli interessi corrispettivi, all'estinzione anticipata e al rischio di cambio²¹, nei casi di mutui espressi in valuta estera, riguardino l'oggetto principale del contratto, andando a determinare la prestazione essenziale del mutuatario. Pertanto, dopo aver accertato che la clausola riguarda l'oggetto principale del contratto o l'adeguatezza del corrispettivo, il giudice potrà accedere al secondo accertamento, relativo alla verifica del rispetto dei requisiti di chiarezza e comprensibilità.

Ai fini di una interpretazione uniforme del concetto di trasparenza la Corte di giustizia ha fornito indicazioni preziose, essendosi confrontata con i contratti di mutuo con tasso di interesse variabile o espressi in valuta estera. I giudici di Lussemburgo hanno affermato che in tali ipotesi il principio di trasparenza esige chiarezza e comprensibilità non solo sul piano formale e grammaticale, ma anche su quello informativo, nel senso che il consumatore deve essere messo in grado di comprendere le conseguenze economiche che

¹⁹ Sentenze 20 settembre 2017, causa C-186/16, *Andriuciu*, punto 34, in *Foro amm.* (2017) p. 1780; 10 giugno 2021, cause riunite C-776/19-782/19, *BNP Paribas Personal Finance* (punto 5), in *Dejure*.

²⁰ In particolare Corte UE 10 giugno 2021, cause riunite C-776/19-782/19, *BNP Paribas Personal Finance* (punto 60), cit., ha ritenuto che le clausole del contratto di mutuo che prevedono che la valuta estera sia la moneta di conto e che l'euro sia la moneta di pagamento, e che hanno l'effetto di far gravare il rischio di cambio sul mutuatario, rientrano nel concetto di oggetto principale del contratto.

²¹ Nel senso che le clausole relative al rischio nel cambio in un mutuo espresso in valuta estera definiscono l'oggetto principale del contratto si è espressa chiaramente Corte UE 14 marzo 2019, C-118/17, *Dunai*, in *Foro it.* (2020) c. 24.

Opinioni

derivano dalla clausola interessata²². In particolare, nell'ambito dei contratti di mutuo con tasso di interesse variabile, l'obbligo di trasparenza impone che le clausole relative al tasso di interesse siano intelleggibili sul piano formale e grammaticale e consentano ad un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, di comprendere il funzionamento concreto delle modalità di calcolo degli interessi e di valutare, sul fondamento di criteri precisi e intelleggibili, le conseguenze economiche potenzialmente significative di una tale clausola sulle sue obbligazioni finanziarie²³.

Una volta accertata la mancanza di trasparenza, il giudice sarà autorizzato alla valutazione del carattere vessatorio delle clausole oscure, al fine di verificare se esse determinino effettivamente un significativo squilibrio²⁴.

In particolare, per la Corte di giustizia²⁵, tale accertamento imporrà al giudice nazionale di verificare la contrarietà a buona fede e il significativo squilibrio. Per la contrarietà alla buona fede si dovrà, alla luce del 16° considerando della direttiva, tener conto del potere negoziale delle parti e della circostanza se il consumatore sia stato incoraggiato a dare il suo consenso alla clausola; mentre, per la valutazione del significativo squilibrio, si farà riferimento al tenore delle informazioni in possesso del professionista, con riguardo specifico a quelle informazioni capaci di ripercuotersi sulla esecuzione del contratto e sulla situazione giuridica del consumatore, considerando che le conoscenze e competenze del professionista, certamente superiori a quelle del consumatore, gli consentono di anticipare quei rischi e quelle variazioni contrattuali che gravano sul consumatore. Pertanto, nell'ambito di un contratto di mutuo, le clausole relative al rischio di cambio

²² In questi termini Corte UE 30 aprile 2014, causa C-26/13, *Kásler e Káslerné Rabai*, cit., secondo cui «una clausola contrattuale deve essere redatta in modo chiaro e comprensibile nel senso di imporre non soltanto che la clausola in questione sia intellegibile per il consumatore sul piano grammaticale, ma anche che il contratto esponga in maniera trasparente il funzionamento concreto del meccanismo di conversione della valuta estera al quale si riferisce la clausola in parola nonché il rapporto tra tale meccanismo e quello prescritto da altre clausole relative all'erogazione del mutuo, di modo che il consumatore sia posto in grado di valutare, sul fondamento di tali criteri precisi ed intelleggibili, le conseguenze economiche che gliene derivano».

²³ Corte UE, Grande Sezione, 3 marzo 2020, causa C-125/18, *Gómez del Moral Guash* (punto 51), cit., ove richiama le sentenze 30 aprile 2014, causa C-26/13, *Kásler e Káslerné Rabai*; 20 settembre 2017, causa C-186/16, *Andriciuc*. Il principio è poi confermato dalla sentenza 10 giugno 2021, cause riunite C-776/10-C-782/19, *BNP Paribas Personal Finance* (punto 78), cit., che lo ha applicato al mutuo espresso in valuta estera, statuendo che nel contratto di mutuo espresso in valuta estera il requisito di trasparenza è soddisfatto quando il professionista ha fornito al consumatore informazioni sufficienti ed esatte che consentono ad un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, di comprendere il funzionamento concreto del meccanismo finanziario e di valutare il rischio delle conseguenze economiche negative, potenzialmente gravi, di clausole del genere sui suoi obblighi finanziari, nel corso dell'intera durata del contratto.

²⁴ Corte UE 5 giugno 2019, C-38/17, in *Foro it.* (2020) c. 23; Corte UE, Grande Sezione, 3 marzo 2020, C-125/18, *Gómez del Moral Guash*, cit. La violazione del principio di trasparenza deve determinare comunque un significativo squilibrio tra i diritti ed obblighi delle parti.

²⁵ Sentenza 10 giugno 2021, cause riunite C-776/19-782/19 *BNP Paribas Personal Finance* (punti 97, 99 e 100), cit.

sono tali da determinare un significativo squilibrio dei diritti ed obblighi nella misura in cui il professionista non poteva ragionevolmente aspettarsi, nell'adempimento dell'obbligo di trasparenza nei confronti del consumatore, che questi le avrebbe accettate, a seguito di un negoziato individuale.

La Corte non si è limitata alla semplice definizione del contenuto del concetto di trasparenza e alla individuazione dei criteri per decretarne la violazione, ma è andata ben oltre, sancendone la assoluta vincolatività. Infatti, per i giudici di Lussemburgo l'obbligo di trasparenza imposto dalla direttiva 93/13 deve essere sempre e comunque rispettato, a prescindere dall'attuazione dell'art. 4, par. 2, della direttiva, nell'ordinamento interessato. Di conseguenza, il giudice nazionale è tenuto a controllare il carattere chiaro e comprensibile di una clausola vertente sull'oggetto principale del contratto, indipendentemente dalla trasposizione della relativa norma europea, nel proprio ordinamento²⁶. Il principio di trasparenza, dunque, è talmente forte da risultare vincolante anche se non è stato oggetto di espressa attuazione da parte dei singoli Stati.

Volgendo uno sguardo alla giurisprudenza nazionale, si riscontra un tendenziale allineamento alla giurisprudenza europea. In particolare, la Corte di cassazione, oltre ad accogliere il concetto di trasparenza²⁷ nei termini innanzi esplicitati, ha riconosciuto, in aderenza all'art. 34 codice del consumo, che le clausole redatte in modo non chiaro e comprensibile possono essere considerate vessatorie se determinano un significativo squilibrio dei diritti ed obblighi derivanti dal contratto, e ciò anche nel caso in cui riguardino la determinazione dell'oggetto del contratto o l'adeguatezza del

²⁶ Da ultimo Corte UE, Grande Sezione, 3 marzo 2020, C-125/18, *Gómez del Moral Guash*, cit.

²⁷ Ribadendo che il criterio di chiarezza, trasparenza e comprensibilità deve essere inteso in maniera estensiva tale da operare non solo sul piano meramente formale e lessicale, ma anche sul piano informativo; in tal modo le clausole, in correlazione tra loro, devono consentire al consumatore di comprendere e valutare, sulla base di criteri precisi e intellegibili, le conseguenze che scaturiscono nei suoi confronti dall'adesione al contratto, anche sul piano economico. In questi termini Cass. 31 agosto 2021, n. 23655, in *Foro it.* (2022) c. 277 che richiama espressamente in motivazione Corte UE 20 settembre 2017, C-186/16, *Andrić*; 3 marzo 2020, C-125/18, *Gómez del Moral Guash*. Conformi Cass. 3 novembre 2023, n. 30556, in *Giur. comm.* II (2025) p. 631. Si veda anche Cons. Stato 26 febbraio 2025, n. 1699, in *Dejure*, il quale precisa che la doverosa chiarezza delle condizioni economiche non può essere intesa nel senso di imporre alla banca l'indicazione delle oscillazioni del tasso di interesse e del tasso di cambio, in ragione dell'aleatorietà del contratto. Nei contratti considerati (mutui indicizzati al franco svizzero) il mutare del *quantum* delle rate si basa su variazioni che non dipendono dalla condotta dei professionisti, ma dagli imprevedibili andamenti macroeconomici del mercato. La sentenza annulla il provvedimento AGCM n. 27214/2018 con cui l'Autorità aveva dichiarato contrarie al principio di trasparenza le clausole 4 (interessi), 4-bis (deposito fruttifero), 7 (estinzione anticipata), 7-bis (conversione) dei mutui indicizzati al franco svizzero erogati da una nota banca britannica. La particolare onerosità delle clausole ha generato una considerevole mole di contenzioso che ha visto parte della giurisprudenza di merito discostarsi dal recente approdo della Cassazione che invece ne ha confermato la chiarezza e comprensibilità. Per una prima analisi del problema si veda A. DALMARTELLO, *Appunti sulla distribuzione di mutui indicizzati a una valuta estera*, in *Riv. dir. bancario* (2017) pp. 279ss.

Opinioni

corrispettivo²⁸, nel contempo rimarcando la netta differenza tra violazione della trasparenza e vessatorietà²⁹, per non cadere nella tentazione di pensare che la semplice mancanza di chiarezza e comprensibilità comporti l'automatica nullità della clausola.

Come anticipato, nella prassi interna ed europea, quelle maggiormente interessate dal giudizio di abusività sono state le clausole oscure relative al calcolo degli interessi corrispettivi nei contratti di mutuo ipotecario (espressi in valuta estera o indicizzati al franco svizzero), la cui caducazione è in grado di inficiare la validità dell'intero contratto, con conseguenze pregiudizievoli per il consumatore, che può vedersi costretto a restituire immediatamente l'importo residuo del mutuo.

Proprio per evitare che il consumatore sia danneggiato da un rimedio che in realtà dovrebbe proteggerlo, la Corte di giustizia ha fornito ai giudici nazionali una serie di indicazioni operative per garantire la realizzazione degli obiettivi di tutela prefissati dalla direttiva 93/13/CEE. La precisazione fondamentale è, dunque, che la direttiva, proprio perché basata su principi generali, non mira a raccomandare soluzioni uniformi rispetto alle conseguenze da trarre dalla dichiarazione di abusività. Per cui l'operazione idonea ad evitare che il consumatore sia pregiudicato dalla declaratoria di abusività deve essere ispirata dal diritto nazionale di volta in volta coinvolto, in ossequio al criterio di armonizzazione minima che caratterizza la direttiva, presentandosi diverse possibili soluzioni, esemplificative dei poteri concessi ai giudici, calibrati appunto su principi e regole dell'ordinamento giuridico di appartenenza.

E, si può già anticipare, che i giudici di Lussemburgo, oltre a riconoscere la idoneità di alcune operazioni a garantire l'elevato livello di tutela voluto dalla direttiva, precisano che le stesse non hanno carattere esaustivo e che il ventaglio di ipotesi rimane aperto nel rispetto dei singoli diritti nazionali, seppur in modo residuale. Infatti, sembra che le soluzioni finora approvate suggeriscano una sorta di graduazione³⁰ del tipo di intervento

²⁸ Principio questo espresso da Cass. 31 agosto 2021, n. 23655, cit. e richiamato da Cass. 3 novembre 2023, n. 30556, cit.; Cass. 22 gennaio 2025, n. 1580, in *Dejure*.

²⁹ In particolare Cass. 22 gennaio 2025, n. 1580, cit., ha specificato che l'accertamento della trasparenza deve essere tenuto distinto dal giudizio di vessatorietà. La mancanza di trasparenza, infatti, non implica che la clausola vertente sulla componente economica veicoli un significativo squilibrio e di conseguenza non comporta che essa sia vessatoria. L'assenza di trasparenza può essere certamente indice della volontà del professionista di occultare un regolamento contrattuale sbilanciato ai danni del consumatore, ma poiché i concetti di trasparenza e abusività vanno tenuti distinti non può affermarsi che una disposizione non chiara e non comprensibile sia per ciò solo nulla.

³⁰ Graduazione che si coglie nella decisione della Corte UE 25 novembre 2020, C-269/19, *Banca B.S.A.*, cit., la quale introduce anche la possibilità di ricorso ad altri rimedi, seppur ponendo un argine all'autonomia degli Stati, nel senso che si suggerisce di imboccare prioritariamente le strade già percorse e solo in caso della loro impraticabilità di adottare altre vie. Quest'ultima *chance* è ancor più netta nelle sentenze 16 marzo 2023, C-6/22, *X S.A.*, in *Dejure*; 27 aprile 2023, C-705/21, *AxFina Hungary Zrt*, in *Dejure*, nelle quali viene appunto chiarito che qualora il giudice nazionale non possa sostituire la clausola dichiarata abusiva con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva, o con altra disposizione applicabile in caso di accordo tra le parti, e se il consumatore non ha espresso il proprio intento di mantenere le clausole abusive (e l'annullamento esporrebbe il consumatore a conseguenze particolarmente dannose), il giudice

consentito ai giudici nazionali, andando a dettare criteri per la ricerca della compatibilità dell'operazione salvifica per il consumatore.

4.- *L'integrazione legale con norma suppletiva*

In caso di clausola abusiva che verte su una pattuizione essenziale per la validità del contratto, l'operazione concessa ai giudici, e riconosciuta con convinzione come eccezionale dalla Corte di giustizia, è quella della sostituzione della clausola stessa con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva o applicabile in caso di accordo tra le parti.

La Corte – nel sottolineare che lo scopo dell'art. 6, par. 1, direttiva 93/13/CEE, è quello di sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina tra i diritti ed obblighi delle parti, un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza tra le stesse – precisa che, nelle ipotesi in cui il contratto non possa continuare a produrre i suoi effetti dopo l'eliminazione della clausola dichiarata abusiva, con conseguenze particolarmente dannose per il consumatore derivanti dalla nullità dell'intero contratto, in via del tutto eccezionale il giudice può, a seguito della soppressione della clausola, sostituirla con una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva o applicabile in caso di accordo tra le parti³¹. Rispetto alla definizione di disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva tacciono sia la Corte, sia il testo della direttiva anche se è possibile cogliere un suggerimento implicito nel 13° considerando della direttiva che menziona quelle «regole che per legge si applicano tra le parti contraenti allorché non è stato convenuto nessun altro accordo». Quindi il riferimento è a quelle norme del diritto dei contratti che colmano il vuoto lasciato dai contraenti, applicandosi appunto in caso di silenzio su quell'aspetto della contrattazione³².

V'è però da dire che, affinché una norma possa essere considerata come disposizione di natura suppletiva idonea ad integrare il contratto epurato della clausola abusiva, la stessa

nazionale deve adottare, tenendo conto dell'insieme del suo diritto interno, tutte le misure necessarie per tutelare il consumatore dalle conseguenze particolarmente dannose, tra cui l'esigibilità immediata del credito in caso di contratto di prestito. Tra queste misure sicuramente rientra la possibilità per il giudice di rinviare le parti ad una trattativa, allo scopo di fissare il metodo di calcolo del tasso di interesse, purché esso giudice determini il quadro di tali trattative.

³¹ Corte UE 30 aprile 2014, C-26/13, *Kásler e Káslerné Rábai*, cit.; 26 marzo 2019, C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria e Bankia*, cit.; 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, cit.; 3 marzo 2020, C-125/18, *Gómez del Moral Guasch*, cit.; 25 novembre 2020, C-269/19, *Banca B. SA.*, cit.; 31 marzo 2022, C-472/20, *Lombard Lizing*, in *Dejure*; 16 marzo 2023, C-6/22, *X S.A.*, cit.; 27 aprile 2023, C-705/21, *AxFina Hungary Zrt*, cit.

³² L'integrazione con norma dispositiva è data per scontata da L. VALLE, *Nullità di protezione*, cit., p. 1411; C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole c.d. vessatorie cioè abusive*, in *Europa e dir. privato* (1998) pp. 39ss.; E. MINERVINI, *Tutela del consumatore*, cit., p. 154; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adeguamento del contratto*, Padova 2008, pp. 271ss.; Trib. Palermo 7 aprile 1998, in *Dejure*. P. IAMICELI, *Nullità parziale*, cit., pp. 713ss., propende per l'integrazione con norme imperative e suppletive.

Opinioni

deve prevedere una regola ben precisa, cioè deve descrivere espressamente i diritti e gli obblighi delle parti, in modo da permettere al giudice una mera operazione di sostituzione, scevra da ogni apporto creativo, modificativo o integrativo del regolamento contrattuale. E questo per due ragioni. La prima è che si presume che le norme suppletive, definite nel loro contenuto, riflettano l'equilibrio che il legislatore nazionale ha inteso stabilire tra l'insieme dei diritti e degli obblighi delle parti di taluni contratti per i casi in cui le parti o non si siano discostate da una regola standard prevista dal legislatore per quel contratto oppure abbiano espressamente scelto l'applicabilità di una regola legislativa. Quindi, rispetto ad esse opera una presunzione di non abusività. L'altra ragione è che la norma suppletiva, il cui contenuto è normativamente definito, consente al giudice la mera soppressione e sostituzione della clausola vessatoria, inibendo ogni altro intervento manipolativo o modificativo che invece si tradurrebbe in una revisione del contenuto della clausola, capace di minare l'effetto dissuasivo a lungo termine³³. Ed è proprio per queste ragioni che la Corte esclude che si possa rimediare alle lacune del contratto attraverso il ricorso a disposizioni nazionali di carattere generale che prevedono l'integrazione mediante il ricorso al principio di equità o agli usi³⁴.

Non è dunque l'integrazione in sé ad essere interdetta, bensì solo quella per via giudiziale³⁵, venendosi così a delineare nell'interpretazione della Corte l'idea che l'obiettivo della direttiva 93/13/CEE sia di salvaguardare l'autonomia dei contraenti, limitando l'intervento creativo-correttivo del giudice, al fine di riportare la contrattazione nei binari dell'autonomia privata. Sebbene opinabile – perché non va taciuto che l'interpretazione iniziale della direttiva ha generato l'illusione che contasse più ristabilire un equilibrio reale tra i diritti ed obblighi contrattuali – la soluzione sembra in linea con altre che pur intendono sottolineare la finalità vera della direttiva di restituire al consumatore una presa di conoscenza consapevole del contenuto della clausola che manca nella contrattazione di massa, caratterizzata dall'imposizione di un contenuto predisposto e indiscutibile. Il riferimento è a quelle decisioni che rinviavano alla rinegoziazione della clausola abusiva la cui caducazione può travolgere l'intero contratto o che fanno salva l'abusività della stessa se il consumatore esprime un consenso libero e informato al suo mantenimento e di cui si dirà a breve.

In definitiva, il via libera della Corte di giustizia è alla sola integrazione legale, non anche a quella giudiziale che attribuirebbe al giudice un potere manipolativo non in linea con

³³ Corte UE sentenze 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak* (punti 59 e 60 in cui accoglie le conclusioni dell'avvocato generale Pitruzzella), cit.; 27 aprile 2023, C-705/21, *AxFina Hungary Zrt* (punti 53 e 54), cit.

³⁴ Corte UE 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak*, cit.

³⁵ Sul punto si veda anche R. ALESSI, *Il controllo di vessatorietà*, cit., pp. 65 e 67: il contratto amputato ammette integrazioni per via legale, tranne nel caso in cui la disciplina legale sia veicolo di integrazione per via giudiziale. Quindi la Corte intende sbarrare la strada alle correzioni del contratto per via giudiziale, non anche all'innesto con la disciplina legale.

gli obiettivi della direttiva, al fine di garantire l'interesse del consumatore alla conservazione del contratto³⁶.

La soluzione si giustifica anche alla luce della natura delle clausole interessate, relative appunto alla determinazione del tasso di interesse, posto che, in assenza di un indice legale, o comunque di una norma che definisca i criteri per il calcolo, questo sarebbe rimesso alla discrezionalità del giudice, cosa che può risultare poco ortodossa ed effettivamente in contrasto con gli obiettivi della disciplina protezionistica. Infatti, non va trascurato che la direttiva non tutela l'equilibrio economico in quanto tale, posto che la valutazione della congruità dello scambio (e quindi dell'adequatezza del corrispettivo) è eccezionalmente ammessa solo in caso di clausola non trasparente. Di fatti, in linea teorica, le parti sono libere di determinare l'ammontare delle rispettive prestazioni anche in maniera sperequata, entro i limiti normativi dell'usura ovviamente, non interessando al legislatore l'eventuale maggiore onerosità per il consumatore in caso di clausola trasparente.

L'importante è che la disposizione di diritto nazionale preveda la semplice sostituzione della clausola nulla con la previsione normativa, per cui nel caso di conversione di mutui espressi in valuta estera, ad esempio, vi deve essere una norma suppletiva o applicabile in caso di accordo tra le parti che regoli espressamente la conversione e fissi i criteri di calcolo degli interessi³⁷, quale può essere ad esempio l'art. 120-*quaterdecies* TUB.

³⁶ «Si è tenuto conto, nell'attuare la direttiva 93/13/CE, della necessità che il contratto rimanga, relativamente alle clausole non colpite dal giudizio di vessatorietà, vincolante per le parti, indipendentemente dalle intenzioni del professionista, normalmente interessato alla caducazione dell'intero contratto, pur di non rinunciare alle prerogative derivanti dalle clausole imposte al consumatore. Interesse di quest'ultimo, invece, e sempre secondo quanto normalmente accade, è quello alla conservazione del contratto, che spesso rappresenta l'unico mezzo per ottenere beni o servizi difficilmente conseguibili altrimenti, eliminate le clausole vessatorie. Insomma, per il consumatore l'invalidazione del contratto è la classica vittoria di Pirro». Così, testualmente, E. MINERVINI, *I contratti dei consumatori*, cit., p. 570. Si veda anche M. NUZZO, *Condizioni generali di contratto e pubblici servizi*, in E. CESARO (a cura di), *Clausole abusive e direttiva comunitaria*, Padova 1994, p. 151.

Identificano l'interesse del consumatore con l'interesse alla conservazione del contratto, tra gli altri, A. ORESTANO, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria, prime note*, in *Riv. crit. dir. priv.* (1992) p. 492; ID., *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, in *I contratti dei consumatori*, I, in P. RESCIGNO - E. GABRIELLI (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino 2005, p. 399; S. MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, in *Contratto e impresa* (1994) p. 1098; E. MINERVINI, *Tutela del consumatore*, cit., p. 150, e *ivi* autori citati in nt. 34; A. BELLELLI, *Art. 1469-quinquies. Inefficacia*, cit., p. 1042 s. (e *ivi* autori citati a pagina 1043, in nt. 19); V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 862: la nullità è solo parziale perché mantenere in vita il contratto con un equilibrio favorevole al consumatore avvantaggia quest'ultimo, mentre il professionista ha interesse alla nullità totale.

³⁷ In questi termini Corte UE 27 aprile 2023, C- 705/21, *AxFina Hungary Zrt*, cit.: il contratto non può essere mantenuto modificando la valuta e il tasso di cambio perché tale intervento da parte del giudice equivarrebbe a rivedere il contenuto della clausola.

Opinioni

5.- Le soluzioni praticabili nell'ordinamento italiano a seguito della dichiarazione di vessatorietà delle clausole essenziali e di quelle accessorie

Nelle ipotesi più ricorrenti di abusività delle clausole relative al calcolo degli interessi moratori o corrispettivi nel mutuo, le due operazioni suggerite dalla Corte di giustizia sembrano pienamente praticabili nel nostro ordinamento. Infatti, in caso di vessatorietà della clausola sugli interessi moratori la Cassazione³⁸ ha già avuto modo di pronunciarsi in adesione al *dictum* della Corte europea. Si è precisato che la disciplina antiusura, essendo volta a sanzionare la promessa di qualsivoglia somma usuraria, si applica anche agli interessi moratori che, di conseguenza non saranno dovuti nella misura usuraria pattuita, ma nella misura di quelli corrispettivi lecitamente pattuiti. Ad avviso dei giudici di legittimità, quindi, se cade la clausola sugli interessi moratori si applica la regola comune dell'art. 1224 c.c., secondo cui il danno da inadempimento dell'obbligazione pecuniaria viene ristorato nella stessa misura degli interessi corrispettivi leciti e questo perché la nullità della clausola sugli interessi moratori non travolge anche la clausola sugli interessi corrispettivi. La regola vale però quando non è interessata la disciplina protezionistica del consumatore. Infatti, se il contraente-mutuatario riveste la qualità di consumatore non può essere ignorata la posizione della Corte di giustizia in base alla quale, pur dopo la caduta della clausola sugli interessi moratori, continuano ad essere dovuti quelli corrispettivi, con la conseguenza che il giudice nazionale, dopo aver constatato il carattere abusivo di una clausola sugli interessi moratori, escluda l'applicazione della clausola senza poterla sostituire con una norma suppletiva o rivedere il suo contenuto, conservando al tempo stesso la validità delle altre clausole, tra cui quella relativa ai corrispettivi³⁹. In sostanza, un sistema nazionale che pur riduca il tasso eccessivo degli interessi moratori entro una soglia lecita, non deve precludere al giudice, nel caso di contratto del consumatore, la facoltà di ritenere la clausola abusiva e conseguentemente di eliminarla ai sensi dell'art. 6 direttiva 93/13/CEE⁴⁰. Nei contratti del consumatore concorre, infatti, la tutela di cui agli artt. 33, comma 2, lett. f) e 36, comma 1, codice del consumo, sicché il debitore, una volta dimostrata la sua qualità di consumatore, potrà ottenere la disapplicazione della clausola relativa agli interessi moratori dichiarata vessatoria, perché usuraria o d'importo manifestamente eccessivo, con conseguente non debenza dei relativi interessi. In tal caso si avrà una nullità parziale pura o se si preferisce nuda⁴¹, vale a dire senza integrazione.

³⁸ Cass., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19597, cit.; conforme Cass. 4 gennaio 2023, n. 145, in *Dejure*.

³⁹ La Cassazione (cit. in nt. precedente) richiama espressamente in motivazione Corte UE 7 agosto 2018, cause riunite C-96/16, *Banco Santander SA* e C-94/17, *Rafael Ramon Escobado Cortes*.

⁴⁰ Corte UE 21 gennaio 2015, C-482/13, *Unicaja Banco* e *Caixabank*, cit.

⁴¹ Parlano di nullità nuda, tra gli altri: A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contratti* (2013) p. 23; S. PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. civ.* (2019) p. 561; P. IAMICELI, *Nullità parziale*, cit.; R. ALESSI, *Il controllo di vessatorietà*, cit., p. 75.

Rispetto alla clausola relativa agli interessi corrispettivi, possono profilarsi due soluzioni possibili. Se la clausola è usuraria si avrà, paradossalmente, una tutela piena e maggiormente garantista di quella consumeristica, trovando applicazione l'art. 1815, comma 2, c.c., in base al quale, stante la funzione sanzionatoria della nullità parziale⁴² in esso prevista, non saranno dovuti interessi. La norma, imponendo la gratuità del mutuo, inibisce appunto l'integrazione per via legale⁴³. Si tratta di una previsione che prevale sulla regola della sostituzione-integrazione in virtù dell'art. 38 codice del consumo che rinvia espressamente al codice civile per «tutto quanto non espressamente previsto», locuzione capace di ricomprendere il fenomeno dell'usura che attiene all'equilibrio economico, e che non è espressamente disciplinato dagli artt. 33 e ss. codice del consumo. Invece, qualora si sospetti che la clausola sugli interessi corrispettivi sia contraria al principio di trasparenza, confermata la preliminare valutazione relativa all'oggetto principale del contratto nei termini descritti dalla Corte UE, il giudice dovrà accertare che la stessa sia formulata in modo tale da non essere intellegibile sul piano formale e grammaticale, e da impedire al consumatore di comprendere le modalità di calcolo, nonché le conseguenze giuridiche ed economiche che da essa derivano. A ciò seguirà l'ulteriore verifica della sussistenza dell'effettivo squilibrio tra i diritti ed obblighi delle parti, sempre nel rispetto delle regole ermeneutiche uniformi predisposte dai giudici di Lussemburgo, in precedenza analizzate. In caso di esito positivo, il giudice nazionale sarà tenuto alla disapplicazione della clausola incriminata e, verificata l'impossibilità giuridica della sopravvivenza del contratto a seguito della sua espunzione, potrà sostituirla con una disposizione di diritto nazionale idonea a ristabilire l'equilibrio contrattuale⁴⁴.

⁴² La natura sanzionatoria della gratuità del mutuo ex art. 1815, comma 2, c.c. è stata recentemente ribadita da Cass., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19597, cit., la quale ha appunto precisato che a differenza degli altri ordinamenti europei, nei quali il superamento del tasso soglia non determina la nullità della clausola sugli interessi, ma la mera restituzione del *surplus*, la legge nazionale ha comminato la gratuità sanzionatoria del mutuo.

⁴³ Nello stesso senso anche P. IAMICELI, *Nullità parziale*, cit., pp. 713ss.: nel caso in cui la clausola sugli interessi corrispettivi sia vessatoria, perché non trasparente e al contempo usuraria, l'etero-integrazione è inibita dall'art. 1815 c.c. che sanziona civilmente l'abuso, trasformando il mutuo da oneroso a gratuito, trattandosi di un'ipotesi di nullità parziale senza integrazione.

⁴⁴ Rispetto a quest'ultima verifica, sebbene in linea di principio, nell'ordinamento italiano la sopravvivenza del mutuo in termini di gratuità sia ammissibile, non va trascurato che essa si può concretizzare solo nel caso in cui le parti abbiano espressamente escluso l'onerosità (ex art. 1815, comma 1, c.c.) ovvero quando l'interesse corrispettivo risulti usurario (ex art. 1815, comma 2, c.c.). La lacuna lasciata dalla soppressione della clausola abusiva non può essere assimilata alle due ipotesi descritte e, dunque, in linea teorica la sopravvivenza del mutuo epurato della clausola vessatoria non sarebbe giuridicamente possibile. È per questa ragione che all'interno del nostro ordinamento vi sono norme destinate a garantire la conservazione del contratto tramite l'innesto della disciplina legale nei casi di nullità delle clausole relative all'oggetto del contratto e che appunto confermano l'interpretazione restrittiva dell'art. 1815 c.c. in ordine alla gratuità del mutuo.

Opinioni

In definitiva, accertata l'abusività della clausola non trasparente che determina il calcolo degli interessi corrispettivi (o di qualsiasi somma che va a costituire la prestazione caratteristica del mutuatario), non sembra ci siano ostacoli all'operatività del meccanismo sostitutivo previsto dalla Corte di giustizia che consentirebbe al giudice italiano di rimpiazzare la clausola nulla per il tramite degli artt. 117, commi 4 e 7 (stante anche il rinvio operato dall'art. 120-*noviesdecies*), e 125-*bis*, comma 7⁴⁵, TUB, i quali appunto consentono una mera sostituzione senza alcun altro intervento manipolativo o creativo da parte dell'organo giudicante, trovando in tal modo piena operatività l'integrazione per via legale.

L'occasione per confermare la praticabilità della sostituzione delle clausole nulle è però sfuggita ai giudici di legittimità⁴⁶ che hanno confermato le decisioni delle corti territoriali in ordine all'esclusione della violazione della trasparenza di alcune clausole contenute nei contratti di mutuo indicizzati al cambio di valuta straniera (nella specie al franco svizzero), risultando le stesse sufficientemente chiare nella determinazione dei criteri di calcolo degli interessi corrispettivi. Pur senza questo avallo, non sembra possa dubitarsi della praticabilità dell'integrazione per via legale come innanzi descritta, qualora sia accertata la violazione del principio di trasparenza e la conseguente vessatorietà della clausola, considerato che nelle ipotesi poste all'attenzione della Cassazione la fattibilità

⁴⁵ Anche per P. IAMICELI, *Nullità parziale*, cit., pp. 713ss., nell'ambito del credito al consumo, in caso di nullità delle relative clausole, l'art. 125-*bis* TUB prevede un meccanismo di sostituzione che riporta il TAEG non trasparente entro i termini del tasso legale ivi previsto.

⁴⁶ Per Cass. 3 novembre 2023, n. 30556, cit., la Corte di Appello di Milano (del 25 giugno 2020, n. 1547) avrebbe ampiamente argomentato in ordine al requisito di chiarezza e comprensibilità delle clausole di indicizzazione al franco svizzero, osservando che il meccanismo di regolazione fosse sufficientemente chiaro all'interno del complessivo impianto contrattuale, con riferimento sia al capitale, sia agli interessi. Si veda anche Cass. 22 gennaio 2025, n. 1580, cit., che conferma App. Milano 21 febbraio 2020, n. 621, la quale, chiamata ad accertare l'intelleggibilità delle clausole in questione, ha ritenuto la previsione contrattuale sufficientemente chiara nell'evidenziare sia la duplicità delle variabili incidenti sul mutuo, sia l'incidenza di tali variabili sull'importo complessivo a carico del mutuatario.

Le vicende dei mutui indicizzati al franco svizzero, diffusi in tutta Europa a partire dagli anni '90 negli ultimi anni, hanno interessato, con esiti contrapposti, l'ABF, i giudici ordinari e amministrativi, nonché l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, rispetto alle clausole 4, 4-*bis*, 7, 7-*bis*, dei mutui indicizzati al franco svizzero erogati da un noto istituto di credito, relative rispettivamente al calcolo degli interessi, al deposito fruttifero, all'estinzione anticipata e alla conversione.

Sulla non violazione del principio di trasparenza delle clausole incriminate, oltre a Cass. 3 novembre 2023, n. 30556, cit., e Cass. 22 gennaio 2025, n. 1580, cit., da ultimo anche App. Milano 8 giugno 2025, n. 1633 e Cons. Stato, Sez. VI, 26 febbraio 2025, n. 1699, in *Dejure*, che ha annullato il provvedimento AGCM del 13 giugno 2018, n. 27214 (confermato invece dal Tar Lazio con sentenza del 25 maggio 2023, n. 8845), che aveva dichiarato contrarie al principio di trasparenza di cui all'art. 35, comma 1, codice del consumo, le clausole relative al calcolo degli interessi, al deposito fruttifero, all'estinzione anticipata e alla conversione dei mutui in questione.

Hanno ravvisato la violazione del principio di trasparenza delle clausole in questione, tra gli altri: Trib. Roma 3 gennaio 2017; AGCM provv. n. 27214/2018; Tar Lazio 25 maggio 2023, n. 8845; ABF, Collegio di Torino, 12 ottobre 2023, n. 9818; Trib. Milano 10 marzo 2025, n. 1970. Sul punto si veda A. DALMARTELLO, *Appunti*, cit., pp. 279ss.

della sostituzione della clausola non è stata vagliata per l'assenza del presupposto essenziale legato alla violazione del principio di trasparenza.

Il Collegio ha però⁴⁷ aderito all'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia maturata rispetto all'art. 4 direttiva 93/13/CEE, confermando che nell'ambito di un mutuo ipotecario le clausole redatte in modo non chiaro e comprensibile possono essere considerate abusive, e pertanto nulle, se determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti ed obblighi derivanti dal contratto e ciò anche nel caso in cui riguardino la determinazione dell'oggetto del contratto o l'adeguatezza del corrispettivo. In tal modo i giudici ammettono l'accertamento della vessatorietà delle clausole relative all'oggetto del contratto non trasparenti, facendo proprio il concetto di trasparenza chiarito a livello europeo, che impone che la clausola sia formulata in modo da soddisfare i requisiti di chiarezza e intellegibilità non solo sul piano formale e grammaticale, ma anche su quello informativo, affinché sia consentito ad un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, di comprendere il funzionamento concreto delle modalità di calcolo del tasso variabile di interesse e di valutare le conseguenze economiche che gliene derivano. Appare evidente che i giudici di legittimità, nel rispetto delle indicazioni ermeneutiche offerte dalla Corte UE, mantengono separato l'accertamento relativo alla violazione della trasparenza da quello inerente la vessatorietà della clausola, precisando che la mancanza di chiarezza e comprensibilità della clausola non comporta la sua automatica nullità, dovendosi appunto accertare che tale difetto determini a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti ed obblighi derivanti dal contratto.

⁴⁷ Cass. 31 agosto 2021, n. 23655, cit., che richiama in motivazione le decisioni di Corte UE 20 settembre 2017, C-186/16 e 3 marzo 2020, C-125/18 sull'interpretazione del concetto di trasparenza. Il principio è confermato anche da Cass. 3 novembre 2023, n. 30556, cit., e Cass. 22 gennaio 2025, n. 1580, cit., la quale precisa che l'approdo è conforme alla disciplina unionale: secondo la Corte di giustizia, infatti, in base all'art. 4, par. 2, della direttiva 93/13/CEE, le clausole che vertono sull'oggetto principale del contratto, o sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione, da un lato, e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio, dall'altro, pur rientrando nel settore disciplinato da tale direttiva, esulano dalla valutazione del loro carattere abusivo soltanto qualora il giudice nazionale competente dovesse considerare, in seguito ad un esame caso per caso, che esse sono state formulate dal professionista in modo chiaro e comprensibile (a tal punto si richiamano espressamente in motivazione le sentenze della Corte UE: 30 aprile 2014, C-26/13, *Käsler e Käsler né Ràbai*, punto 41; 9 luglio 2015, *Bucura*, C-348/14, punto 50; 26 gennaio 2017, C-421/14, *Banco Primus*, punto 62; 21 dicembre 2021, C-243/20, *DP*, punto 59). La Corte poi aggiunge una precisazione importante, spiegando che l'accertamento sulla chiarezza e comprensibilità della clausola deve essere tenuto distinto dal giudizio circa la vessatorietà, o abusività, della stessa. Infatti, la mancanza di trasparenza della disposizione contrattuale riferita alla componente economica del contratto non implica che essa veicoli un significativo squilibrio delle prestazioni e non comporta, in conseguenza, che essa debba considerarsi vessatoria. Certamente l'assenza di trasparenza può essere indice della volontà del professionista di occultare un regolamento contrattuale sbilanciato ai danni del consumatore; ma poiché i concetti di assenza di trasparenza della clausola e di abusività della stessa devono tenersi distinti, non può affermarsi che una disposizione non chiara e non comprensibile sia, per ciò solo, vessatoria, e quindi nulla, a norma dell'art. 36, comma 1, codice del consumo.

Opinioni

6.- *La rinegoziazione quale altra possibile conseguenza da trarre dal carattere abusivo della clausola nel caso in cui manchi una disposizione nazionale di natura suppletiva*

Rispetto alle conseguenze da trarre dal carattere abusivo della clausola, si è posto alla Corte un ulteriore nodo da sciogliere: cosa può fare il giudice nazionale in assenza di una disposizione di diritto nazionale di natura suppletiva che gli consenta la mera operazione di sostituzione della clausola?

La risposta non si è fatta attendere a lungo e con sentenza del 25 novembre 2020, C-269/19, *Banca B.SA*⁴⁸, i giudici di Lussemburgo hanno potuto chiarire che la direttiva 93/13/CEE non mira a raccomandare soluzioni uniformi per quanto riguarda le conseguenze da trarre dalla dichiarazione del carattere abusivo di una clausola. Pertanto, la mera disapplicazione (nel caso in cui dalla invalidità della clausola non derivi l'invalidità dell'intero contratto) o la sostituzione con disposizioni di diritto nazionale di natura suppletiva o applicabile in caso di accordo tra le parti (nel caso in cui la caducazione della clausola è capace di travolgere il contratto nella sua interezza con conseguenze pregiudizievoli per il consumatore) non hanno carattere esaustivo. Qualora sia a rischio la stabilità dell'intero contratto, da cui possono derivare conseguenze dannose per il consumatore, e qualora non vi sia una disposizione di natura suppletiva o una disposizione applicabile in caso di accordo tra le parti e nella misura in cui il consumatore non ha espresso il proprio intento di mantenere la clausola, il giudice deve adottare, tenendo conto del suo diritto interno, tutte le misure necessarie per tutelare il consumatore dalle conseguenze particolarmente dannose che deriverebbero dall'invalidità dell'intero contratto. Quindi, nulla impedisce al giudice di rinviare le parti ad una trattativa, allo scopo di fissare il metodo di calcolo del tasso di interesse, purché esso giudice determini il quadro di tali trattative e queste siano volte a ristabilire tra i diritti ed obblighi delle parti un equilibrio reale che tenga conto degli obiettivi di tutela della direttiva⁴⁹. Ed è proprio su quest'ultimo aspetto che si coglie il correttivo della Corte che acconsente ad una simile soluzione, subordinandola alla condizione precisata. Infatti, il quesito posto dal giudice del rinvio (nella specie quello rumeno) era relativo alla compatibilità con l'art. 6, par. 1, direttiva 93/13/CEE dell'orientamento dei giudici nazionali propenso ad evitare le conseguenze negative derivanti dalla caducazione dell'intero contratto rinviando le parti ad una trattativa. Nel concedere il nulla osta la Corte ha però imposto, quale condizione di idoneità del rimedio, la fissazione ad opera del giudice nazionale dei parametri di svolgimento della trattativa stessa, al fine di ripristinare l'equilibrio violato. D'altra parte ben si comprende il senso di tale investitura:

⁴⁸ Poi ribadita dalle sentenze 16 marzo 2023, C-6/22, *X S.A.*, cit.; 27 aprile 2023, C-705/21, *AxFina Hungary Zrt*, cit.

⁴⁹ Corte UE 25 novembre 2020, C-269/19, *Banca B. SA.*, cit.; 16 marzo 2023, C-6/22, *X S.A.*, cit.; 27 marzo 2023, C-705/21, *AxFina Hungary Zrt*, cit.

se mancano nell'ordinamento rumeno, interessato dalla vicenda, norme che consentono l'innesto per via legale, e non potendosi rimettere la eliminazione della lacuna per il tramite del solo intervento giudiziale, ben può riconoscersi una soluzione di compromesso tra le istanze dell'autonomia privata e le esigenze di tutela del consumatore, garantendo una sorta di autonomia assistita, se così può essere definita e che intende restituire al consumatore un potere negoziale, esercitabile all'interno di un ambito tutelato dalle indicazioni fornite dal giudice.

La soluzione della rinegoziazione non ha però riscosso particolari consensi, prestando il fianco ad alcune note critiche legate soprattutto all'individuazione delle conseguenze derivanti dal fallimento della trattativa, nel senso di comprendere cosa accade se le parti non addiungono ad un accordo⁵⁰ o peggio se la trattativa si conclude in maniera diversamente sfavorevole per il consumatore⁵¹.

Gli esiti deludenti appaiono inevitabili. Nel primo caso verrebbe da pensare che non vi è altra strada se non quella della caducazione del contratto, che potrebbe rappresentare un incentivo, se non una pressione ulteriore per il consumatore ad accettare la clausola, sempre se questi non trovi più conveniente la nullità; circostanza questa che non può essere del tutto esclusa considerato che la prassi ha dimostrato che i consumatori possono ritenere meno sfavorevoli le conseguenze derivanti dalla nullità dell'intero contratto a fronte di quelle derivanti dal mantenimento della clausola⁵². Fermo restando che compito del giudice, nell'indicare il quadro entro cui deve svolgersi questa rinegoziazione, è di fornire elementi sufficientemente utili per far sì che la rinegoziazione sia soddisfacente e idonea a ristabilire l'equilibrio violato. Qualche dubbio sorge però rispetto al modo di intendere quell'affermazione della Corte secondo cui la trattativa (*recte* rinegoziazione) deve essere volta a ristabilire un equilibrio reale tra i diritti ed obblighi delle parti. Se la stessa dovesse fare riferimento ad una congruità dello scambio, allora sarebbe richiesto al giudice di verificare l'esito dell'accordo raggiunto. Diversamente, se il riferimento dovesse essere ad una mera restituzione al consumatore del potere di contrattazione, allora non vi sarebbe altra strada che quella di prendere atto dell'esito squilibrante ma

⁵⁰ Dubbio sollevato anche da A.M.S. CALDORO, *Clausole abusive e rimedi alla caducazione: rimessione delle parti alle trattative, nuova frontiera (o terra incognita)?*, in *Contratti* (2021) p. 285.

⁵¹ Così R. ALESSI, *Il controllo di vessatorietà*, cit., p. 83, la quale sottolinea che il principio affermato dalla Corte 25 novembre 2020, C-269/19, se da un lato celebra il primato dell'autonomia privata, dall'altro lo smentisce prospettando una trattativa *iussu iudicis*. Paradossale appare una soluzione che intende tutelare il consumatore «restituendolo a quello scambio impari che il controllo sulle clausole abusive dovrebbe correggere».

⁵² Per D. D'ALBERTI, *Nullità conformativa*, cit., p. 923, in caso di fallimento della trattativa sarebbe ammessa un'integrazione giudiziale, da considerarsi come *extrema ratio*. L'argomento è tratto dalla decisione della Corte UE 31 marzo 2022, causa C-472/20, che rimette al giudice il potere di vigilare affinché il consumatore si trovi nella situazione in cui si sarebbe trovato se la clausola abusiva non fosse mai esistita. Tale affermazione, ad avviso dell'autrice, andrebbe letta nel senso di rimettere al giudice la regolazione degli effetti restitutori derivanti dalla eventuale caducazione del contratto.

Opinioni

insindacabile della trattativa. Infatti, in tal caso l'accertamento della abusività della clausola riformulata sarebbe interdetto dall'essere la stessa il frutto di un negoziato individuale, con conseguente esclusione dell'applicazione della disciplina protezionistica. Ed in effetti, seppur opinabile, l'idea appare in linea con la struttura della direttiva che esclude dal suo ambito di operatività non solo le clausole relative all'oggetto, ma anche quelle che sono state negoziate dalle parti, volendo impedire in generale la verifica dell'equilibrio economico del contratto. Né pare possa ripresentarsi il pericolo della violazione della trasparenza, potendo il giudice imporre alle parti di definire il contenuto in maniera chiara e comprensibile, nel rispetto di quei parametri che esso stesso è chiamato ad indicare per assicurare che la trattativa vada a buon fine.

Altro aspetto, pur interessante, che trapela dalle decisioni più recenti (*Banca B.S.A., AxFina Hungary*) è una sorta di graduazione, già accennata, dei poteri di intervento che consentono al giudice, qualora non sia possibile l'operazione di semplice asportazione e sostituzione della clausola con norma suppletiva o applicabile in caso di accordo delle parti, di ricevere dal consumatore il suo consenso al mantenimento della clausola; e, solo in difetto di questa espressa conferma, trarre tutte le altre possibili conseguenze dal carattere abusivo della clausola, compatibilmente con gli strumenti messi a disposizione dal diritto nazionale interessato per raggiungere gli obiettivi di tutela della direttiva 93/13/CEE, tra cui può rientrare la rinegoziazione per rivedere il contenuto della clausola, ma che appunto non è l'unica.

Appare evidente che il via libera ad eventuali altre soluzioni, quando manchi una norma suppletiva, sia subordinato al fatto che il consumatore non abbia espresso un consenso libero e informato alla clausola e su questo aspetto occorre qualche breve riflessione.

7.- Il consenso del consumatore alla clausola idoneo ad evitare la dichiarazione di nullità totale nell'ipotesi in cui non sia possibile la sostituzione della clausola con norma suppletiva

Il consenso libero e informato del consumatore alla clausola, quindi, impedirebbe ogni altra indagine al giudice, il quale sarebbe sollevato, se nell'ordinamento interessato non è presente una norma suppletiva o applicabile in caso di accordo delle parti, dalla ricerca della soluzione idonea a garantire gli obiettivi di tutela della direttiva.

Non si può però cadere nell'equivoco di pensare che si tratti di una semplice dichiarazione del consumatore di voler mantenere la clausola. Se ci si fermasse all'apparenza, e quindi al mero piano formale della asserzione e dell'altra generica affermazione della Corte relativa alla possibilità concessa al consumatore di rinunciare alla tutela, si potrebbero trarre conclusioni affrettate.

Proprio per evitare fraintendimenti, appare doverosa una riflessione sulla natura e sugli effetti della decisione del consumatore in ordine al mantenimento della clausola, nonché sulle sue modalità, per escludere che si possa profilare una eventuale sanabilità o

convalida della clausola nulla o ancora una possibile rinuncia alla tutela. Dalle indicazioni fornite dalla Corte, che si avvale di espressioni non sempre coerenti o tecnicamente idonee, in realtà emerge che il consenso libero e informato del consumatore richiede alcuni requisiti.

Non può essere dimenticato che la direttiva 93/13/CEE presenta una lacuna importante sul carattere imperativo delle sue disposizioni, lacuna che è stata prontamente colmata in sede di interpretazione da quelle decisioni con cui la Corte ha assegnato, data la natura e l'importanza dell'interesse pubblico sul quale si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori, all'art. 6 il rango di norma di ordine pubblico, al pari delle altre norme nazionali equivalenti⁵³.

Il carattere imperativo dell'art. 6, par. 1, implica che il consumatore non possa, in linea di principio, rinunciare alla tutela e ciò porta ad escludere categoricamente una rinuncia preventiva⁵⁴ per il tramite di una clausola contrattuale, o di altra dichiarazione espressa, anteriore, coeva o successiva alla conclusione del contratto; interpretazione questa che può dirsi senz'altro compatibile anche con il disposto dell'art. 143 codice del consumo, il quale sancisce l'irrinunciabilità dei diritti attribuiti al consumatore dal codice e la nullità di ogni pattuizione in contrasto con esso.

Più delicato è invece il discorso legato alla possibile rinuncia alla tutela effettuata nel corso di un giudizio. La Corte si esprime in termini compromettenti precisando che la direttiva 93/13/CEE non si spinge fino al punto di rendere obbligatorio il sistema di tutela contro l'uso di clausole abusive, con la conseguenza che se il consumatore preferisce non avvalersi di tale sistema di tutela, quest'ultimo non viene applicato⁵⁵, o addirittura asserendo che il giudice non può opporsi alla rinuncia⁵⁶ da parte dei consumatori alla tutela loro accordata dalla direttiva. A ben vedere il problema è solo terminologico e, se non si vuole collidere con l'affermato carattere imperativo dell'art. 6, parrebbe più corretto parlare di esclusione della tutela, per l'assenza appunto di un presupposto necessario per la sua applicazione.

⁵³ Corte UE cause riunite C-154/15, C-307/15 e C-308/15, *Naranjo Gutierrez*, punto 54; causa C-488/11, *Asbeek Brusse*, punto 44; causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones*, punto 52; causa C-76/10, *Pohotovost*, punto 50.

⁵⁴ A tal proposito si veda Corte UE 9 luglio 2020, C-452/18 (punto 76), in *Dejure*: «occorre ricordare, al riguardo, che l'articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13, ai sensi del quale gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, ha carattere imperativo (v., in tal senso, sentenza del 21 dicembre 2016, *Gutiérrez Naranjo* e altri, C-154/15, C-307/15 e C-308/15, EU:C:2016:980, punto 55). Orbene, riconoscere la possibilità di una rinuncia preventiva del consumatore ai diritti che gli derivano dal sistema di tutela attuato da tale direttiva sarebbe in contrasto con il carattere imperativo di tale disposizione e comprometterebbe l'efficacia di tale sistema».

⁵⁵ Sentenza 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak* (punto 54), cit.

⁵⁶ Sentenza 16 marzo 2023, C-6/22, *X S.A* (punto 43), cit.

Opinioni

In via del tutto eccezionale i giudici nazionali potrebbero comunque mantenere la clausola, qualora il consumatore, opportunamente informato dei suoi diritti, si opponesse, a seguito del rilievo di abusività, alla sua disapplicazione.

Gli esordi della possibilità offerta al consumatore di opporsi alla dichiarazione di abusività, accettando espressamente la clausola nel corso del giudizio, non sono stati felici, considerato che con la sentenza *Pànnon*⁵⁷ la Corte ha solo accennato al problema, limitandosi a precisare che «il giudice nazionale deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine. Se esso considera abusiva una siffatta clausola, non la applica, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga».

Letta isolatamente dal contesto delle pronunce successive, quest'ultima affermazione avrebbe potuto prestarsi ad una serie equivoci, tra cui quello che si sarebbe potuta ritenere sufficiente una semplice dichiarazione del consumatore per convalidare la clausola, aprendo la strada ad una sorta di sanabilità della nullità di protezione⁵⁸. Fortunatamente la Corte, diversi anni dopo⁵⁹, inizia a correggere il tiro di questa laconica affermazione, precisando che la volontà del consumatore di opporsi alla disapplicazione della clausola abusiva deve manifestarsi attraverso «un consenso libero e informato alla clausola». Con ciò volendo significare che ci vuole ben altro che una semplice dichiarazione del consumatore di convalidare la nullità⁶⁰.

Infatti, i giudici sono tenuti ad informare le parti dell'esito della valutazione del carattere vessatorio della clausola, in modo che le stesse possano dibattere della questione⁶¹, con

⁵⁷ Del 4 giugno 2009, C-243/08, cit.

⁵⁸ La dottrina (R. ALESSI, «Nullità di protezione», cit., pp. 1141ss.) ha tenuto a precisare al riguardo che in quella sede la Corte di giustizia ha detto più di quanto volesse, andando l'affermazione riletta nel contesto del complesso lavoro di ricostruzione compiuto dalla Corte stessa nel corso degli anni. Infatti, gli interventi successivi hanno via via chiarito il significato di quell'opposizione, aiutando ad individuare i comportamenti idonei ad arrestare la declaratoria di nullità.

⁵⁹ Con la sentenza del 21 febbraio 2013, C-472/11, *Banif Pluf Bank*, in *Foro it.* (2014) c. 5.

⁶⁰ Successivamente la Corte precisa ancora che il giudice, una volta rilevata la nullità, deve invitare le parti a discuterne in contraddittorio, al fine di raccogliere tutti gli elementi utili su cui fondare la sua decisione. Ma, se nel corso del contraddittorio, non emergono elementi nuovi e idonei ad escludere l'abusività, lo stesso giudice è tenuto a dichiarare la nullità (sentenza 30 maggio 2013, C-488/11, *Asbeek Brusse*, cit.). Secondo R. ALESSI, «Nullità di protezione», cit., pp. 1141ss., le decisioni introducono elementi nuovi che portano a pensare che l'opposizione formulata in atti processuali si traduca in una sorta di conferma dell'adesione alla clausola da parte del consumatore. In realtà, per l'autrice non si tratterebbe di una adesione tardiva o di una convalida endoprocedurale perché «i rilievi del consumatore che si oppone nelle sue memorie alla declaratoria di nullità introducono in giudizio ulteriori elementi di fatto a partire dai quali il giudice possa diversamente valutare o (l'originaria) convinta adesione del consumatore alla clausola o l'effetto di quest'ultima all'interno del contratto, sì da escluderne l'esito squilibrante». Con l'opposizione il consumatore non chiede al giudice di «sorvolare sull'applicazione di una norma imperativa assistita da nullità», ma gli palesa la mancanza di squilibrio in suo danno o una «positiva volizione della clausola, confermativa o equivalente ad una trattativa individuale, così facendo venir meno i presupposti oggettivi della declaratoria di nullità».

⁶¹ Corte UE 21 febbraio 2013, C-472/11, *Banif Pluf Bank*, cit.; 30 maggio 2013, C-488/11, *Asbeek Brusse*, cit.

la conseguenza che i consumatori, dopo essere stati informati del carattere abusivo della clausola, potrebbero decidere di opporsi alla sua disapplicazione.

D'altra parte, non potendosi anticipare tutte le conseguenze da trarre dal carattere abusivo della clausola, la direttiva ha preferito tacere sul punto, lasciando alla Corte di giustizia, in sede ermeneutica, la ricerca di soluzioni nei casi in cui la tutela non sia assicurata dalla sostituzione della clausola con norma nazionale di natura suppletiva idonea a ristabilire l'equilibrio reale tra le parti. Al fine di scongiurare il paradosso che il consumatore possa essere pregiudicato da un sistema che in realtà dovrebbe proteggerlo, si fa strada l'ennesima scappatoia: all'obbligo del giudice nazionale di non applicare la clausola abusiva fa eccezione l'ipotesi in cui il consumatore, dopo essere stato avvisato da detto giudice, non intenda far valere il carattere abusivo e non vincolante della clausola, dando così un consenso libero e informato alla stessa⁶².

Affinché il consumatore possa esprimere il proprio consenso, però, spetta al giudice nazionale indicare alle parti, in modo oggettivo ed esaustivo le conseguenze giuridiche ed economiche che può comportare l'eliminazione delle clausole e ciò indipendentemente dal fatto che siano o meno assistite da un rappresentante professionale⁶³. Pertanto il consumatore può esprimere un consenso libero e informato alla clausola qualora dalla sua caducazione potrebbe derivare l'invalidità dell'intero contratto, con conseguenze per lui pregiudizievoli, come ad esempio la immediata restituzione delle somme ricevute in prestito. In tal modo il consenso libero e informato avrebbe l'effetto, più che di una rinuncia alla tutela o della sanatoria della nullità, di una limitazione dell'ambito di applicazione della disciplina garantista, escludendo l'accertamento di abusività e la conseguente nullità della clausola accettata; meccanismo, questo dell'esclusione, già presente nel tessuto normativo della direttiva che appunto non si applica nel caso in cui la clausola o il contratto siano stati oggetto di un negoziato individuale, in quanto in tali ipotesi è precluso il relativo accertamento. Al fine di poter esprimere il suo consenso, il consumatore deve essere reso edotto dal giudice, il quale a sua volta saprà garantire che il consumatore abbia pienamente compreso la situazione giuridica e ritenga che tale dichiarazione non si basi su concezioni erranee o non sia resa a seguito di pressioni di altre parti.

Il compito del giudice sarà allora quello di informare il consumatore su tutti gli effetti conseguenti ora al mantenimento della clausola, ora alla sua caducazione, in modo che questi, al riparo da eventuali pressioni esterne che potrebbero condizionare la sua scelta, sia libero di decidere in ordine alle conseguenze che ritiene meno pregiudizievoli,

⁶² Corte UE 16 marzo 2023, C-6/22, *X S.A.* (punto 38), cit.; 29 aprile 2021, C-19/20, *Bank BPH S.A.* (punto 95), in *Foro amm.* (2021) p. 582; 3 ottobre 2019, C-260/19, *Dziubak* (punto 66), cit.

⁶³ Corte UE 16 marzo 2023, C-6/22, *X S.A.* (punti 38 e 39), cit.; 29 aprile 2021, C-19/20, *Bank BPH S.A.* (punto 97) cit.

Opinioni

potendo optare per l'una o l'altra soluzione. La decisione sul mantenimento della clausola spetta però esclusivamente al consumatore e non anche al giudice⁶⁴, il quale per di più non potrà opporsi alla richiesta del consumatore di far dichiarare invalido il contratto, dopo averlo informato in modo oggettivo ed esaustivo delle conseguenze giuridiche ed economiche particolarmente pregiudizievoli che possono derivare da tale scelta⁶⁵. Tale possibilità deve rigorosamente essere limitata alle ipotesi in cui, nell'ordinamento interessato, non sia presente una norma nazionale di natura suppletiva in grado di consentire la mera sostituzione della clausola abusiva con la previsione in essa contenuta. Se invece l'ordinamento ammette l'integrazione legale, grazie alla presenza di una disposizione idonea allo scopo, la soluzione apprestata dalla Corte potrebbe mostrarsi *prima facie* non univoca, lasciando trapelare una forte indecisione, se non una vera e propria contraddizione, ma rispetto alla quale non ci si dovrà fermare all'apparenza. In un caso⁶⁶ si è affermato che una norma di diritto nazionale⁶⁷ che rimedia alla lacuna causata dalla caducazione della clausola attraverso la secca integrazione legale – sostituendo la clausola nulla con una disposizione relativa al tasso di cambio ufficiale, senza consentire al giudice di accogliere la richiesta del consumatore di far dichiarare la nullità dell'intero contratto – non contrasta con l'art. 6, par. 1 della direttiva e ciò perché il legislatore (nella specie quello ungherese) ha rimediato ai problemi connessi alle prassi riguardanti i contratti corredati da una clausola relativa al divario di cambio, imponendo la sostituzione di quest'ultima e salvaguardando la validità dei contratti interessati. Tale scelta corrisponde, ad avviso dei giudici di Lussemburgo, all'obiettivo perseguito dalla direttiva di ripristinare l'equilibrio tra le parti, salvaguardando la validità del contratto e non annullando qualsiasi contratto contenente clausole abusive⁶⁸. Ed è per questo che la volontà del consumatore non può prevalere sull'intervento normativo teso a ripristinare la situazione di diritto e di fatto in cui si sarebbe trovato il consumatore senza la clausola abusiva⁶⁹.

Il ragionamento della Corte appare convincente e coerente con l'interpretazione finora fornita sulle conseguenze da trarre dal carattere abusivo della clausola, mentre a destare qualche perplessità è la decisione, maturata l'anno successivo, che impedisce al giudice di sostituire la clausola abusiva con una disposizione di natura suppletiva, quando il consumatore, agendo in giudizio per la nullità del contratto di mutuo a tasso variabile

⁶⁴ Per Corte UE 3 ottobre 2019, C-260/18, *Dziubak* (punto 68), cit., l'art. 6, par. 1, direttiva 93/13/CEE, deve essere interpretato nel senso che esso osta al mantenimento delle clausole abusive contenute in un contratto quando la loro soppressione porterebbe all'invalidazione di tale contratto e il giudice ritiene che tale invalidazione creerebbe effetti sfavorevoli per il consumatore, qualora quest'ultimo non abbia acconsentito a tale mantenimento.

⁶⁵ Corte UE 16 marzo 2023, C-6/22, *X S.A.* (punto 43), cit.

⁶⁶ Corte UE 2 settembre 2021, causa C-932/19.

⁶⁷ La norma interessata è l'art. 3 della legge ungherese XXXVIII del 2014 (cd. legge DH1).

⁶⁸ Punto 40 della sentenza.

⁶⁹ Punto 50 della sentenza.

espresso in franchi svizzeri e informato delle conseguenze derivanti dalla nullità dell'intero contratto, le abbia accettate⁷⁰. Se ci si fermasse all'apparenza sarebbe inevitabile cogliere un palese contrasto ermeneutico. Più attente riflessioni muovono dalla natura delle norme interessate dalle vicende, portando a immaginare che il consumatore possa impedire l'integrazione legale solo se l'operazione di sostituzione non riguardi una norma che regoli espressamente la conversione dei mutui espressi in valuta estera, ma una che rinvii ai criteri generali del calcolo degli interessi previsto per i mutui espressi nella moneta nazionale. Infatti, nel primo caso era presente una norma (ungherese) che regolava in modo puntuale l'ipotesi del divario di cambio, mentre nel secondo non è stato possibile rinvenire una regola così precisa. Va da sé che nell'ambito della conversione di un mutuo espresso in valuta estera vi deve essere, nell'ordinamento interessato, una disposizione che preveda il meccanismo di conversione e conseguente criterio di calcolo, non potendosi semplicemente abbattere il tasso entro il limite legale, perché ciò modificherebbe la natura stessa del contratto.

In presenza di norme suppletive (quali possono essere ad esempio gli artt. 117, 120-*quaterdecies*, 125-*bis* TUB, ovvero l'art. 3 della legge DH1 ungherese), finalizzate a garantire la conservazione del contratto attraverso la sostituzione della clausola con il disposto normativo e senza prevedere la possibilità per il consumatore di chiedere la nullità del contratto, non è ammissibile una eventuale opposizione del consumatore all'integrazione per via legale⁷¹.

Venendo ora alla natura del consenso libero e informato, sembrerebbe configurarsi un'accettazione (o conferma) della clausola resa nel corso del giudizio, sotto il controllo del giudice, e che produrrebbe lo stesso effetto della trattativa individuale⁷², andando ad

⁷⁰ Corte UE 8 settembre 2022, cause riunite C-80/21-C-82/21, cit., argomenta (al punto 78) che nella misura in cui i consumatori sono stati informati delle conseguenze correlate alla dichiarazione di nullità integrale dei contratti di mutuo da essi conclusi e le hanno accettate, tenuto conto del carattere determinante della volontà dei consumatori, «non sembra che sia soddisfatta la condizione secondo cui la dichiarazione di nullità del contratto nel suo complesso esporrebbe i consumatori interessati a conseguenze particolarmente dannose, richiesta affinché il giudice nazionale sia autorizzato a sostituire la clausola abusiva dichiarata nulla con una disposizione di diritto interno di natura suppletiva».

⁷¹ Anche per P. IAMICELI, *Nullità parziale*, cit., il consumatore non può opporsi alla integrazione legale ex art. 125-*bis* TUB in caso di clausole sul costo del credito e interessi corrispettivi non trasparenti.

⁷² In generale, sulla possibilità di confermare la clausola, tra gli altri, si veda S. MONTICELLI, *La rilevanza d'ufficio condizionata dalla nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*, in *Contratti* (2009) pp. 1123ss., secondo cui l'art. 143 codice del consumo osta alla convalida, ma la manifestazione del consumatore di non voler dar seguito al rilievo della vessatorietà può avere solo portata processuale ed esplicitare i suoi effetti nel contesto del processo. Per A. BELLELLI, *Art. 1469 quinquies 1° e 3° co.*, cit., il consumatore non può sanare, ma il rilievo è escluso quando lo stesso ha manifestato la volontà di avvalersi della clausola. A. ORESTANO, *L'inefficacia*, cit., pp. 392ss., precisa che il consumatore può avere interesse a mantenere la clausola e tale scelta spetta solo a lui. Secondo R. ALESSI, «*Nullità di protezione*», cit., pp. 1141ss., si tratterebbe di una positiva volizione della clausola che fa venire meno i presupposti oggettivi della declaratoria di nullità. Per L. VALLE, *Nullità di protezione*, cit., p. 1395, la possibilità di confermare la

Opinioni

escludere l'applicazione della disciplina protezionistica nei termini appunto dell'accertamento della vessatorietà e della conseguente nullità della clausola.

Le differenze tra le due ipotesi non si colgono dunque sul piano degli effetti, bensì su quello dei requisiti. La trattativa sarà idonea ad escludere il sindacato di vessatorietà solo se sarà individuale, seria ed effettiva, dovendo il giudice verificare che il consumatore abbia potuto esercitare un minimo potere negoziale e non bastando, quale prova idonea del suo svolgimento, la mera sottoscrizione della clausola o la sua aggiunta a penna al testo contrattuale⁷³ ovvero la dichiarazione del consumatore di aver letto e compreso il contenuto della clausola⁷⁴. Diversamente la conferma giudiziale della clausola investirà il giudice dell'accertamento di un consenso del consumatore che sia libero (ossia non condizionato da eventuali pressioni esercitate dal professionista), informato (perché comprensivo di tutte le conseguenze economiche e giuridiche legate al mantenimento della clausola) e consapevole (volto ad assumere con piena cognizione gli effetti che ne deriveranno), ma sempre e solo nel caso in cui non sia presente una norma idonea all'integrazione legale.

Benché opinabile, la soluzione prospettata dalla Corte vuole preservare il consumatore dalle conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'invalidità dell'intero contratto, sebbene l'equilibrio ripristinato sia meramente formale, risultando sufficienti la comprensione del contenuto della clausola e la volontà di accettarne gli effetti.

8.- Conclusioni

clausola deriverebbe dalla ammissibilità della trattativa individuale e si tratterebbe di una conferma o convalida di tipo sostanziale e non meramente processuale. In favore della sanabilità, invece, si veda M. GIROLAMI, *Nullità di protezione*, cit., p. 720 s.: nella decisione del consumatore di non dar seguito alla nullità può essere ritenuta implicita la sua volontà di sanare l'invalidità; la sanatoria può avvenire nel corso del processo o in via stragiudiziale mediante dichiarazione espressa o anche tacitamente.

⁷³ Per i giudici di legittimità la trattativa deve essere caratterizzata dagli indefettibili requisiti della individualità (avere cioè riguardo alle clausole o agli elementi di clausola costituenti il contenuto dell'accordo, presi in considerazione singolarmente e nel significato che assumono nel complessivo tenore del contratto), serietà (essere svolta dalle parti mediante l'adozione di un comportamento obiettivamente idoneo a raggiungere il risultato cui è diretta) ed effettività (essere stata non solo storicamente ma anche in termini sostanziali effettuata, nel rispetto della autonomia privata delle parti, e riguardata non solo nel senso di libertà di concludere il contratto ma anche nel suo significato di libertà e concreta possibilità anche per il consumatore di determinare il contenuto del contratto). Così Cass. 26 settembre 2008, n. 24262, in *Giust. civ.* (2009) p. 981, la quale precisa inoltre che non è prova della trattativa individuale, seria ed effettiva, la mera aggiunta a penna della clausola o la mera approvazione per iscritto della stessa. In quest'ultimo senso si veda anche Trib. Torre Annunziata 19 novembre 2019, n. 2553. I requisiti della trattativa sono confermati da ultimo da Cass. 20 marzo 2010, n. 6802, in *Dejure*, secondo cui la trattativa individuale va valutata quale presupposto ai fini dell'applicazione o meno della disciplina di cui agli artt. 33 e ss. codice del consumo.

⁷⁴ Corte UE 9 luglio 2020, C-452/18, *Ibercaja Banco SA* (punto 38), in *Dejure*: la circostanza che il consumatore abbia fatto precedere la sua firma del contratto di novazione da una menzione manoscritta che indicava che avesse compreso il meccanismo delle clausole di tasso minimo non consente di concludere che tale clausola è stata oggetto di negoziato individuale e che il consumatore ha potuto esercitare un'influenza sul suo contenuto.

Il negoziato individuale, il consenso libero e informato e la rinegoziazione della clausola abusiva mostrano comunque una certa coerenza e svelano l'idea di fondo della direttiva che forse non è sempre quella di ristabilire l'equilibrio reale tra i contraenti in termini di proporzione tra i rispettivi diritti ed obblighi, quanto a volte quella di restituire al consumatore medio un margine di autonomia e quindi di negoziazione in quell'ambito in cui tale potere è fortemente limitato dalle prevalenti esigenze della produzione e di razionalizzazione dell'attività contrattuale dell'impresa. Nella contrattazione per adesione la predisposizione unilaterale delle clausole da parte del professionista e l'assenza di ogni potere del consumatore di influire sulla determinazione del regolamento contrattuale, così come la mancanza di discussione ed effettiva comprensione delle conseguenze giuridiche derivanti dalle clausole squilibranti, rendono, come è noto, il consumatore più vulnerabile e quindi esposto alle conseguenze pregiudizievoli di un contratto sbilanciato in favore del professionista. Il legislatore europeo, consapevole di ciò, ha provato ad approntare un sistema che potesse tutelare efficacemente il consumatore attraverso la pura e semplice espunzione della clausola abusiva dal regolamento contrattuale, non potendo prevedere tutte le possibili variabili delle diverse fattispecie applicative derivanti dai differenti diritti nazionali. Nel corso degli anni però la prassi ha mostrato le lacune del livello di armonizzazione minima della direttiva che la Corte di giustizia ha provato a colmare con soluzioni non sempre soddisfacenti.

L'art. 3 direttiva 93/13/CEE esclude l'accertamento della abusività di quelle clausole che sono state oggetto di negoziato individuale, lasciando intendere che rispetto ad esse l'esercizio del potere di autonomia contrattuale da parte del consumatore sia idoneo a respingere la configurazione di una clausola abusiva. La fedele trasposizione della norma europea nell'art. 34, comma 4, codice consumo, fa sì che non siano considerate vessatorie le clausole oggetto di trattativa individuale, in quanto la disposizione impedisce il sindacato di vessatorietà e la conseguente nullità di quella clausola il cui contenuto è stato effettivamente discusso o è stato addirittura modificato oppure compensato con altra pattuizione diversamente equilibrante.

Se, dunque, è questo il senso dell'esclusione della tutela allora ben si comprende l'atteggiamento estremo della Corte, la quale, per evitare che il consumatore sia penalizzato da un sistema che in realtà dovrebbe tutelarlo, invoca il principio di autonomia privata, pur di mantenere fermo un contratto destinato a cadere. Il consenso libero e informato avrebbe così lo stesso effetto della trattativa, offrendo però maggiori certezze perché reso nel corso di un giudizio innanzi ad un giudice che, lungi dall'essere un mero spettatore o ricevitore di una dichiarazione, si fa garante della consapevolezza del consenso alla clausola.

Un'invocazione dell'autonomia a fin di bene, che si accontenta di un equilibrio formale tradotto in un semplice *vis a vis* e in una accettazione seppur consapevole di una clausola

Opinioni

che di fatto è squilibrante, ma i cui effetti non sono poi così pregiudizievoli come quelli derivanti invece dall'invalidità dell'intero contratto.

Pare allora evidente che ove non possa essere garantito l'equilibrio reale, attraverso l'eliminazione della clausola o la sua sostituzione con una previsione normativa dettagliata, riappare un equilibrio formale, che restituisce al consumatore l'autonomia contrattuale di cui è privato dalla contrattazione standard, sebbene si tratti di un'autonomia controllata, nel caso di consenso libero e informato, o assistita, nel caso di rinegoziazione, dal giudice.

Pur senza volerlo, l'inciso «opera soltanto a vantaggio del consumatore» di cui all'art. 36, comma 3, codice del consumo, ha in un certo modo anticipato l'essenza della non vincolatività delle clausole abusive quale rimedio gestito dal giudice nell'interesse prevalente del consumatore, che gli consente di trarre tutte le conseguenze possibili dal carattere abusivo della clausola, nell'ottica della realizzazione degli obiettivi di tutela della direttiva 93/13/CEE, compatibilmente con i principi del proprio ordinamento. Conseguenze che possono anche riguardare la rinegoziazione⁷⁵ della clausola abusiva, che troverebbe la sua fonte nel combinato disposto degli artt. 2, comma 2, lett. e) e 36, comma 3, codice del consumo, e dell'art. 1375 c.c.⁷⁶, in tutti i casi in cui il vuoto lasciato dalla clausola abusiva soppressa non possa essere colmato con una norma imperativa o suppletiva.

⁷⁵ In tutte le ipotesi in cui non avrebbe potuto operare la sostituzione con norma dispositiva, come ad esempio, nell'ambito dei mutui espressi in valuta estera conclusi anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 120-*quaterdecies* TUB. Infatti, come ammonito dalla Corte di giustizia, la sostituzione è ammessa con una norma suppletiva che preveda espressamente il criterio di conversione e del relativo calcolo di interessi, non potendo il giudice convertire egli stesso la valuta del mutuo in quanto ciò equivarrebbe a modificare la natura stessa del contratto (in tal senso Corte UE 27 aprile 2023, C- 705/21, *AxFina Hungary Zrt*, cit., secondo cui il giudice non può modificare la valuta e il tasso di cambio perché tale intervento equivarrebbe a rivedere il contenuto della clausola).

⁷⁶ Secondo D. D'ALBERTI, *Nullità conformativa*, cit., pp. 924ss., mancando nel nostro ordinamento disposizioni specifiche cui ancorare il potere del giudice di autorizzare le parti alla rinegoziazione, questo potrebbe trovare fondamento negli artt. 185-*bis* c.p.c. e 5, comma 2, D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

